533 34

POR LOS HEREDEROS DE ALONSO LOPEZ DE LEON,

CON

Don Iuan Frãcisco de Torres del Salto, inmediato sucessor del vinculo, y mayorazgo, que fundarõ Francisco de Torres del Salto, y doña Francisca de la Serna su muger.

à se dado memorial del hecho ajustado con las partes por el Relator, con que no me alargarè en su relacion, deteniendome solamente en lo que juzgo ser conueniente para la inteligencia de lo que se ha de fundar en este papel.

1 POR el año de 1601. Fernando de Torres de el Salto, y doña Frãcisca de la Serna su muger, padres de don Gabriel de Torres, otorgaron escriptura, por la qual mejoraron en tercio, y quinto a don Gabriel con grauamen de vinculo, y Mayorazgo.

2 Despues Fernando Torres de el Salto, y doña Francisca su muger quisieron ampliar el Mayorazgo, y comprehẽder en el casi todos sus bienes en perjuizio de los demas sus hijos, y descendientes, y para poderlo hazer, pidieron facultad a su Magestad, y antes que se despachase en deuida forma, muriò Fernando de Torres de el Salto, y por clausula de su testamento, dejò poder amplio a su muger, para que auiendo despachadosele la facultad Real, hiziese vinculo, y Mayorazgo de los bienes.

3 Teniendo noticia doña Francisca de la Serna, de que la facultad estaua despachada, y firmada de su Magestad, por el año de 609. otorgò escriptura de fundacion de Mayorazgo, en fauor de don Gabriel, y sus descendientes, señalando los bienes que vinculaua, que fueron casi todos los que tenia, y auia dexado su marido: y dize, que lo haze con calidad, de que en este mayorazgo quede comprehendida la mejora de tercio, y quinto, que el año de 601. ella, y su marido auian hecho en fauor de don Gabriel, y tambien las legitimas paterna, y materna de don Gabriel. Y dize, que vsando de la facultad de la

ley, incorpora en el mayorazgo el tercio y quinto de los bienes de ambos, y las legitimas paterna, y materna de don Gabriel en virtud de su consentimiento. Y en quanto a el excesso, dixo, que vsaua de la facultad que le estaua concedida por su Magestad; y don Gabriel que se hallò presente, y otorgó la mesma escritura, la aceptò, diziendo: que tenia a mucha merced la que su madre le hazia, y que de ella se le seguia vtilidad, y prouecho, y de la incorporacion de sus legitimas en el mismo mayorazgo. Lo qual consintiò, y a mayor abundamiento las renunciò en el mayorazgo, para que fuessen vinculadas como los demas bienes.

4 Y sin embargo de auer hecho estas escripturas de vinculo, y Mayorazgo don Gabriel, y doña Francisca su Madre fueron causando diferentes debitos, y obligando los mesmos bienes a los acreedores, cō quien contratauan por libres, y muchos de ellos vendieron, y otros grauaron con censos, y tributos, y en esto procedieron con tanto excesso, que dentro de pocos años se causó concurso de acreedores a sus bienes, y en el se pronunciaron sentencias de vista y reuista, graduando los acreedores, algunos anteriores a la fundacion de el Mayorazgo, y otros posteriores, que son con los que oy litiga, y sigue el articulo remitido don Iuan Francisco de Torres, inmediato subcesor, que pretende ser en el dicho Mayorazgo.

5 En virtud destas sentencias de graduacion, pidieron los acreedores, que se vendiessen los bienes concursados, y se les hiziesse pago, y se mandaron traer los bienes en pregon, ansi los de don Gabriel, como los de doña Francisca de la Serna su muger, y la parte de don Iuan Francisco de Torres, inmediato sucesor en el Mayorazgo, presentò peticion a fol. 457. ramo 2. en la qual auiendo hecho relacion, de que a su noticia es venido, que se mandan vender todos los bienes, para pagar los acreedores de su padre, y abuelos, dize las palabras siguientes.

6 *Lo qual yo en nombre de mi parte, y por los dichos vinculos, y Mayorazgos, y como tercero, de cuyo perjuizio se trata, y en aquella via, y forma que mas, e mejor aya lugar de derecho contradigo, y en caso necessario mas en forma me opōgo. Y digo que V.S. se deue seruir de mandar declarar no auer lugar lo pedido por los dichos acreedores, y denegarselo por lo siguiente.*

7 Y auiendo dicho algunas razones, tocantes a el vinculo de tercio y quinto, dize lo siguiente. *Lo otro, porque no solo este, sino otro mas fuerte derecho compete al dicho menor: porque como consta desta escriptura, que presentò con el juramento necessario la dicha doña Francisca de la Serna, en virtud de facultad Real, que para ello huuo, hizo mayorazgo perpetuo, no solo de el tercio y quinto de sus bienes, sino de todos los mencionados en la dicha escriptura y juntamente con ella el dicho don Gabriel de la legitima paterna de el dicho Fernando de Torres su padre, que le estaua diferida: y de la materna, que de la dicha doña Francisca se le auia de deferir. Y por el consiguiente desde el mismo instante los dichos bienes, ansi los de la dicha doña Francisca, como los de la legitima paterna del dicho don Gabriel quedaron afectos, e inalienables, y proprios del dicho mayorazgo, y no sugetos, ni obligables a las deudas de los dichos doña Francisca, y don Gabriel, ni sus acreedores subsiguientes pueden pretender algun derecho a ellos &c.*

8 Y vltimamente concluye en la forma siguiente.

Por

Por tanto a V.S. pido y suplico mande auer por presentada la dicha escriptura de Mayorazgo, y a el dicho menor por opuesto al dicho pleito, y por contradicha la pretension de los dichos acreedores, a los quales deniegue lo que en razon de la venta de los dichos bienes pretenden, y declare no auer lugar de venderse los bienes que piden, reseruandose como propios de los dichos vinculos, y Mayorazgos: pues estàn en ser, y son los mesmos, de que los dichos Mayorazgos se fundaron, e pido justicia, y costas, &c.

9 Y con esta peticion presentò la escriptura de Mayorazgo de el año de 1609. y la hijuela de particion, por donde constò los bienes que se le adjudicaron a don Gabriel de Torres por la legitima paterna. De que se mandò dar traslado a los acreedores, y visto el pleito, se pronunciaron los autos de vista, y reuista, del tenor siguiente.

AVTO DE VISTA.

Mandaron, que sin embargo de la dicha contradicion se vendan los dichos bienes, y anden en pregon el termino de el derecho, y se rematen en las personas que mas por ellos dieren, y ansi lo proueyeron, &c.

AVTO DE REVISTA.

Confirmase, y el precio depositese en el Depositario General, para pagar a los acreedores, conforme a las sentencias, y ansi lo proueyeron, &c.

10 Pareciendole a don Iuan Francisco, que no estaua determinada su pretension, boluiò a instar por peticion de 11. de Febrero de 623. en que se determine el articulo, que tiene introducido, y se declare no deuerse vender los bienes, comprehendidos en la escritura de fundacion de Mayorazgo de el año de 609. y haziendo relacion de los autos de vista, y reuista arriba insertos, prosigue con las palabras siguientes.

11 *Digo, que respeto de que mi parte se teme, que los dichos acreedores han de pretender, que en virtud de el dicho auto, se pueden vender, y rematar los bienes de los dichos vinculos, y Mayorazgo: y a esto no se deue dar lugar, porque no se entienden, ni comprehenden en el dicho auto; el qual solo manda vender los bienes proprios de el dicho don Gabriel, y esta calidad no compete, ni puede quadrar a los bienes de el vinculo de tercio y quinto, que irreuocablemente, y con todas las clausulas de firmeza, e irreuocabilidad, fundaron los dichos Fernando de Torres, y doña Francisca su muger. Iten, ni mas ni menos en todos los demas bienes, de que despues en virtud de facultad real, y de ella vsando la dicha doña Francisca fundò Mayorazgo, incorporando, como incorporò en el las legitimas paterna, y materna de el dicho don Gabriel, e con otras tales clausulas de firmeza, e irreuocabilidad, de tal forma, que los dichos bienes de el vinculo, y Mayorazgo, no son proprios de el dicho don Gabriel, ni se comprehenden en las palabras de el dicho auto, porque no son sino proprios de el dicho vinculo, y Mayorazgo, y de la persona, o dignidad incorporea, que por los subcessores es representada, y sobre este derecho, y derechos hasta aora, ni està la causa vista, ni determinada por V.S.*

Por tanto a V.S. pido y suplico, por via de declaracion, y como mas aya lugar de derecho, mande proueer, y declarar en el dicho auto, no comprehenderse, ni entenderse, ni poderse vēder, ni rematar los bienes de la mejora de tercio, y quinto, que los dichos Fernando de Torres, y su muger hizieron; y ni mas, ni menos todos los comprehendidos en el dicho mayorazgo, que en virtud de facultad Real

hizo

hizo,y fundò la dicha doña Francisca,y metiò,e incorporò en el irreuocablemente la suso dicha,y el dicho don Gabriel,pues sobre esto, ni el dicho auto lo determina, ni està visto,ni determinado por V.S.hasta aora,proueyendo en todo como mas en fauor de mi parte sea:pues es justicia que pido,&c.

12 Algunos de los acreedores pretendieron,que no tenian obligaciō de responder,por dezir,que en este articulo auia cosa juzgada,resultante de los autos de vista, y reuista,que quedan referidos en el num. 9.y sin embargo salieron los autos del tenor siguiente.

AVTO DE VISTA.

Visto por los señores Regente , y Oidores el pleito de los acreedores de don Gabriel Torres del Salto,y doña Francisca de la Serna,sobre lo pedido por Baltasar de Meneses,curador de don Iuan Francisco de Torres , en que pide , se declaren los autos desta Real Audiencia , en que se mandan vender los bienes , y poner el precio en el Depositario general,dixeron,que declarauan,y declararon, no entenderse los dichos autos , ni por ellos mandarse vender los bienes de la mejora de tercio,y quinto, que Fernando Torres del Salto , y doña Francisca de la Serna hizieron en fauor del dicho don Gabriel,ni en los bienes que tocaren a el tercio,y remaniente del quinto de los bienes que la dicha doña Francisca tenia de el tiempo y quando hizo la dicha mejora. Lo qual sea y se entienda respecto de los acreedores posteriores a la dicha mejora.Y ansi lo proueyeron,&c.

AVTO DE REVISTA.

Dixeron,que sin embargo de lo proueido en vista por los dichos Señores,en primero dia del mes de Iunio del año passado de seyscientos y veinte y tres,en que declararon no entenderse los autos,ni por ellos mandarse vender y rematar los bienes de la mejora de tercio,y quinto,que Fernando Torres del Salto, y doña Francisca de la Serna su muger hizieron en fauor del dicho don Gabriel:ni en los bienes que tocaren a el tercio,y remaniente del quinto,de los bienes,que la dicha doña Francisca tenia a el tiempo,y quando hizo la mejora.Lo qual sea,y se entienda respecto de los acreedores posteriores a la dicha mejora . De que por parte de algunos de los acreedores , y de don Fernando de Lazos , y de doña Francisca de la Serna fue suplicado.Agora haziendo justicia declarauan,y declararon,que el tercio y remaniente del quinto de la dicha mejora se debe computar y sacar solamente de los bienes que dexaron los dichos Fernando Torres del Salto , y doña Francisca de la Serna a el tiempo de su muerte: pagandose primero , y ante todas cosas las deudas fasta alli contraidas. Y en grado de reuista ansi lo proueyeron, y mandaron.

13 Tercera vez insistiò en el mismo intento don Iuan Francisco de Torres,y presentò peticion a foj.1310. en la qual entra haziendo relacion de las dos Executorias arriba mencionadas, y pretendiendo, q̄ la segunda executoria se à de entender solamente respecto de los acreedores anteriores a la fundacion del Mayorazgo de 609. dize las palabras siguientes.

Digo,que V. S. ha,y debe seruirse de mandar declarar, el dicho auto no poder ser , ni entenderse mas de tan solamente en quanto a los acreedores anteriores a la fecha y fundacion del dicho mayorazgo,que fue en 28. de Otubre del año passado de 609.que està presentada en los autos deste pleito en el ramo 2.a foj.461.y el testimonio donde està inclusa la facultad Real a foj. 463. Y V. S. lo ha,y debe mandar y declarar ansi,por lo siguiente.

Lo primero, por lo general, y que resulta de los autos, que he aqui por expresso. Y porque aunque es ansi, que mi parte por el derecho del dicho Mayorazgo saliò a este pleito, toda via no se à seguido, ni deducido, ni à auido conocimiento de causa sobre esto: y ansi en caso necessario de nueuo. Y agora yo en nombre de mi parte y por el dicho Mayorazgo, y su derecho, y como tercero, y en aquella via, y forma q̃ mas y mejor aya lugar de derecho, contradigo, que los dichos acreedores (que no sean anteriores a la constitucion, y fundacion del dicho mayorazgo) puedan ser, ni sean pagados de los bienes de el, ni para este efecto se puedan vender, porque como consta de la dicha escriptura presentada, y de que va fecha mencion, el dicho dia la dicha doña Francisca de la Serna en virtud de la dicha facultad Real que para ello tuuo, y poder, y comission del dicho su marido, y vsando de lo vno y otro, instituyò, y fundò el dicho mayorazgo de los bienes contenidos, y mencionados en la dicha escritura, que oy son y estàn en ser algunos de ellos en poder del dicho dõ Gabriel, primero llamado a este mayorazgo, y de el Administrador por V.S. nombrado a sus bienes. Y es ansi, que el dicho Mayorazgo fue fundado en ellos con entrega de ellos mesmos, y de la escritura de reserua de vsufructo de solos dos mil ducados para sus alimẽtos; y con todas las clausulas de perpetuidad, y irreuocabilidad y con aceptacion del dicho don Gabriel, primero llamado, por si, y en nombre de los demas siguientes sucessores, y llamados al dicho moyorazgo, por cuyas clausulas particulares, y apretadas, los dichos bienes, y todos los demas al dicho mayorazgo anexos y pertenecientes quedaron inalienables, e imprescriptibles, y no sugetos a deudas despues contraidas por ninguna persona, ni por los mesmos fundadores, como bienes ya enagenados: y ansi en ninguna manera puede auer lugar la pretension de los dichos acreedores, que como bienes libres, y no de mayorazgo, nĩ sugetos a restitucion los pretenden vender, y enagenar. Y V.S. lo ha de declarar ansi, &c.

Por tanto a V.S. pido, y suplico, declare el dicho su auto, y en virtud de el los dichos bienes, no deuer ser, ni poderse pagar, ni satisfacer a ninguno de los acreedores posteriores, y despues de la dicha fundacion de Mayorazgo, ni mas de tan solamente en quanto a el dicho vso, y desnuda comodidad de sus rentas, durante la vida de el dicho don Gabriel, y no mas, y reserua de los dichos alimentos, y no poderse vender, ni enagenar la propiedad, antes deberse reseruar entera, siempre para el dicho Mayorazgo, y sus subcessores, y en todo probea, como mas en fauor de mi parte sea, que desde luego como queda dicho, cõtradigo la pretension de los dichos acreedores, y me opongo a ella en forma por el interes, y perjuizio de el dicho Mayorazgo, y si mas, o mejor me conuiene pedir, la pido, y hè aqui por expresso, y juro en forma, &c.

14 Y porque se le opuso por algunos de los dichos acreedores, que era pretension ya juzgada, y que le obstaua su excepcion, replicò por peticion a fol. 1348. lo siguiente.

Y porque no lo impide lo que de contrario se dize, que por lo que mi parte aora pide, està declarado por autos de vista, y reuista de V. S. que auiendo sobre ello cosa juzgada, no ay, ni tienen obligacion a responder; pues deuieron aduertir, que es cosa muy distanta, y diferente, la que por los dichos autos fue determinado, a lo que aora mi parte pide, porque en ellos tan solamente se tratò, y ventilò de si auian, o deuian ser pagados los acreedores posteriores, a la fundacion de la mejora de tercio, y quinto fecha en virtud de el derecho comun, y de la facultad real, en que pudo tener, y auer lugar la disputa de auerse de computar los bienes, segũ el tiempo de la muerte de los Fundadores, y no de la fundacion de la dicha mejora, y aora se trata de fundacion de Mayorazgo, en virtud, y fuerça de facultad

real

real, y con declaracion de las dichas leyes; en lo qual no ay ninguna controuersia, ni duda.

Y saliò el auto de vista de el tenor siguiente.

AVTO DE VISTA.

Dixeron que mandauan, y mandaron, que el dicho don Iuan Francisco de Torres de el Salto, pida, y siga su justicia sobre el dicho mayorazgo, donde y como viere que le conuenga, y para ello le reseruauan, y reseruaron su derecho a saluo, sin que por esto se impida la execucion de la venta de los bienes conforme a los autos de vista, y reuista en esta causa pronunciodos, y ansi lo proueyeron, &c.

Y aunque se suplicó, y expressaron agrauios, se confirmò a la letra en reuista.

15 Es preciso hazer memoria, de que la facultal que su Magestad concedió a Fernando de Torres, y doña Francisca de la Serna su muger, para hazer mayorazgo de sus bienes, fue contradicha por los demas sus hijos, nietos, y herederos, antes que se refrendase por el Secretario de Camara por diferentes razones, que alegaron, cuyo derecho salieron coadjubãdo algunos de los acreedores, y despues de auer sido muy controuertido el punto, saliò auto en 10. de Iunio de 630. de el tenor siguiente.

AVTO DE EL CONSEIO.

Dixeron, que declarauan, y declararon no estar despachada en toda forma la facultad de el año de 1609. sobre que es este pleito, ni deuerse vsar de ella, ni entregarse a el dicho don Gabriel de Torres, ni a su hijo, y consequentemente se declara por nulo, y de ningun valor, ni efecto el mayorazgo, que en virtud de la dicha facultad fundò la dicha doña Francisca de la Serna, viuda de Fernando de Torres de el Salto, padre de el dicho don Gabriel, ansi de los bienes de la dicha doña Francisca, como de el dicho su marido, de quien tuuo poder.

Suplicó don Gabriel, y por Febrero de el año de 632. se confirmô en reuista, y despachose executoria, que està presentada en este pleito.

16 Y parece, que en doze de Agosto de 636. la parte de don Iuan Francisco de Torres, mouiò el articulo, que oy està visto para determinar, y por peticion que presentò a fol. 608. en el ramo 4. despues de auer hecho relacion, de que por la fundaciõ de el mayorazgo de el año de 609. estaua vinculada la legitima paterna de don Gabriel, y que esta montò 9. qs. 666U190 marauedis: de los quales dize que estàn enagenados, y en poder de algunos acreèdores, a quien se hizo pago con ellos, 6. qs. 807U132. marauedis, y los demas estàn en ser, y concluye lo siguiente.

17 *Pido, y suplico a V.S. mande dos cosas: la vna, que los bienes que estàn en ser de los contenidos en la dicha hijuela, se adjudiquen a el vinculo de el dicho menor, declarando no auer lugar las elecciones que en ellos han hecho algunos acreedores de este concurso, mas que en quanto a los reditos, y frutos de ellos mientras viuiere el dicho dõ Gabriel, por ser como son vinculados: y la otra, graduar en su lugar, y grado a el dicho vinculo en los dichos 7. qs. 500U939. marauedis de el precio, y valor de los bienes de la dicha hijuela, vendidos por los dichos doña Francisca, y don Gabriel, y adjudicados en pago de sus deudas. Esto sin perjuizio de el derecho contra los dichos bienes, y de sus posseedores, y de el que le compete a el dicho menor, como posseedor de el dicho vinculo, por el tercio, y quinto de los dichos bienes de la dicha doña Francisca de la Serna, que le està reseruado*

por

por V.S. para vsar de lo vno, y de lo otro, como y quando à mi parte le conuenga, y pido justicia, y para ello, &c.

18 De este nueuo pedimento se diò traslado a los acreedores, y pretẽdieron que no tenian obligacion de responder, por obstarle a don Iuã Francisco de Torres la excepciõ de cosa juzgada, que resulta de las executorias, de que dejamos hecha mencion, y sin embargo por autos de vista, y reuista, se mandò que respondiessen derechamente.

19 En tres de Nouiembre de 1637. Alonso Lopez de Leon, y otros de los acreedores posteriores, a la fundacion de mayorazgo de 1609. cõtestaron la demanda, y boluieron a repetir la mesma excepcion de cosa juzgada, ansi de los autos de esta Real Audiencia, como de los pronunciados en el Real Consejo de Iusticia, y añadieron, que el consentimiento que don Gabriel auia dado, para que se vinculasen sus legitimas, fue correspectiuo de el mayorazgo, que su madre fũdaua en virtud de la facultad real, que presupuso tener para ello, y que auiendose dado por ninguna la facultad real, y en consequencia el mayorazgo fundado en virtud della, quedo resuelto, y desuanecido como si no lo huuiera consentido, y sus legitimas libres de vinculo, y mayorazgo, y por el consiguiente afectas a las deudas que despues causaron.

20 Replicòse por don Iuan Francisco, con las razones que despues por extenso diremos, y sin mas diligencia, que auer reproducido los mesmos instrumentos, que presentò quando saliò la primera executoria, està concluso el articulo para determinar visto, y dejado a el acuerdo.

21 His in facto præsuppositis, porque don Iuan Francisco de Torres, no tiene mas fundamento, que la escritura publica, que de la fundacion de el dicho mayorazgo, otorgò doña Francisca de la Serna en 28. de Otubre de el año passado de 1609. en la qual don Gabriel consintiò el grauamen de vinculo en ambas legitimas, y a mayor abundamiento las incorporò en el mayorazgo. Es fuerça reduzir este papel a las excepciones, que ay contra la pretension de don Iuan Francisco, y constitucion de mayorazgo, en que se funda, y satisfacer, duplicando a las replicas que haze en su informe. Ad rem igitur accedendo sit.

PRIMA EXCEPTIO.

que sobre lo mesmo que aora pretende, se declare ay cosa juzgada en este pleito contra don Iuan Francisco de Torres.

22 DE la relacion del hecho propuesto, resulta ser constante, que tratandose de vender los bienes, para hazer pago a los acreedores de don Gabriel, y su madre, saliò la parte de el vinculo, y mayorazgo pretendiendo que no se auian de vender los bienes adjudicados a la mejora de tercio, y quinto, y legitimas paterna, y materna de don Gabriel, y demas bienes, comprehendidos en la escritura de veinte y ocho de Otubre de 609. insistiendo totis viribus, en que todo era vinculado, y que assi se deuia declarar, y auiendose visto, saliò auto en 25. de Iunio de 622. en que se mandaron vender los bienes sin limitacion alguna, y aunque suplicò la parte de el vinculo, haziendo mayor esfuerço en sus alegaciones, se confirmò en reuista en quatro

de

de Febrero de 632. con que fue visto denegarle a el vinculo lo que pretendia, y juzgar, que todos los bienes estauan afectos a la paga y satisfacion de todos los acreedores de don Gabriel, y doña Francisca su madre: *paria quippè sunt aliquid esse expressum in sententia, vel necessariò præsupponi, textus velut expressus, in l. si inter 15. ff. de excep. rei iudi.* ibi: *Quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diuerso pronuntiatum videtur tuam non esse.* Paulus de Castro *in l. 1. num. 1. C. quando prouocare non est necesse.* Bart. Bald. & alij, quos refert Osascus *dist. 64. num. 3.* Rota Genuensis *decis. 103. num. 1.* Gratianus *discep. 445. num. 20.* Nouissimè Scobar à Corro, *de puritate, & nobilitate, p. 1. q. 13. §. 3. numer. 38.* Et sufficere ex verbis resultare quamuis expressio requisita esset pro forma docuere Aym. *cons. 149. num. 11.* Cephalus *cons. 152. num. 6.* Tiraq. *in l. 16. connub. gloss. 7. num. 179.* Magonius plura similia cumulans *dec. 3. n. 19. vsq; ad 25.* y que le quadra muy bien el nombre, y sustãcia de cosa juzgada, es principio llano *ex l. quod in diem, ff. de compensat. l. 1. & 2. C. si ex falsis instru. glossa in cap. suborta,* verbo *reprobasse, de sent. & re iudi.* Et ptopter ea dixit Cæsar de Grassis *decis. 13. de appellat. num. 9.* quod quando tacitum infertur de necessitate ab expressis sententia præiudicat. Apprimè el señor Valenzuela Velazquez de filiatione incidenter deducta agens *cons. 68. num. 62. & seqq.* Et in fortioribus terminis Caldas Pereyra *cons. 9. num. 36.* Salgado *de Regia protect. p. 4. cap. 7. num. 87.*

23 Con esto deuiera quietarse la parte del vinculo, y mas con el auto de primero de Iulio de 623. en que se declaró no auer lugar el venderse los bienes de la mejora de tercio y quinto: que se executoriô en reuista con vn con que, cuyas palabras a la letra son las siguientes.

Y aora haziendo justicia declarauan, y declararon, que el tercio, y remaniente de el quinto de la dicha mejora se deue computar y sacar solamente de los bienes, que dexaron los dichos Fernando de Torres de el Salto, y doña Francisca de la Serna al tiempo de su muerte, pagandose primero y ante todas cosas las deudas fasta alli contraidas.

Pues no se puede dudar, q̃ con esto en quanto a las demas pretensiones de legitimas paterna, y materna, la primera executoria de los autos de vista, y reuista de 25. de Iunio de 623. quedò firme, *ex reg. tex. in l. præcipimus, C. de appellat.* Y que por esta segunda executoria solo se declarò no comprehenderse en la primera los bienes que tocassen

24 a la mejora de tercio y quinto; porque la excepcion forma regla en contrario, *l. nam quod liquidè, §. in 1. resp. ff. de penu. leg. l. quæsitum, §. idem respondit,* vbi gloss. verbo *non potest, ff. de fundo instr. cap. 2. de coniug. lepro.* & quod de vno dicitur de alio negatum esse censetur, Bald. *cons. 131. lib. 1.* Alexan. *cons. 107. num. 2. lib. 1.* nouissimè Ioseph. Ramonus *cons. 26. num. 12.* Y claro es, que los señores que lo votaron por acuerdo general lo mirarian biẽ, y q̃ como exceptuarõ los bienes de la mejora de tercio y quinto, exceptuaran tambien los de las legitimas paterna, y materna, sino juzgaran por careciente de fundamento el insistir, en q̃ estauan vinculadas, iure igitur optimo contendit la parte de Alonso Lopez de Leon, que lo mesmo sobre que oy está pendiente el articulo, se juzgô ya en su fauor, y que le obsta a el vinculo, y sus subcessores la excepcion de cosa juzgada.

Viendose apretados de la fuerça de esta excepcion, los Abogados de

de don Iuan acomulan respuestas, con que pretenden satisfacer, & ni me mea fallit opinio satis friuolæ, & quæ potius euasiones nuncupari possunt, & debent: neq; infitiari poterunt ex sequentibus.

PRIMA ADVERSARIORVM RESPONSIO *ad exceptionem rei iudicatæ.*

26 Responden lo primero, que el juizio sobre qué cayeron las dos executorias, fue executiuo, y summario, ac per consequens, que no puede causar cosa juzgada para el juizio ordinario, que aora dize tiene intentado, de que ay textos, y doctrinas vulgares.

IMPVGNATIO.

27 No se niega el principio, de que lo juzgado en el juizio sumario, no causa excepcion de cosa juzgada en el plenario ordinario: si bien se deue aduertir, que esto tiene su excepcion, y falencia en caso que en el juizio sumario el conocimiento de causa aya sido pleno, y tal qual fuera, si el juizio huuiesse sido de los que llamamos plenarios, sicuti docuere Alex. Decius, Abb. Ripa; Soci. Iuni. relati a Fachineo *lib.* 10. *controu. cap.* 80. *in principio*. Tuscus *litt.* S. *conclus.* 174. *num.* 17. & 36. vbi plures refert antiquos Barbosa *in l. diuortio* §. *fina. num.* 55. *ff. soluto matri.* plures refert, & sequitur Surdus *de alimentis tit.* 1. *quæs.* 126. *num.* 10. *et* 11. Steph. Gratianus *tomo* 3. *cap.* 445. *à num.* 1. el señor Valençuela Velazquez *d. cons.* 68. *num.* 62. Escacia *de re iudi. glos.* 14. *quæs.* 2. *n.* 22. Y hablando en terminos de tercero, que saliò a el pleito executiuo, & plene fuit auditus, docuit Iacob Cācerius *vari. resolut. p.* 2. *cap.* 16. *num.* 81. Salgado *de reg. protect. p.* 4. *cap.* 8. *num.* 365. & præsesuit glossa finalis *in l. si iudex, ff. de his qui supra sui, vel ali,* Cæsar Bartius *decis.* 82. *num.* 25. Porque entonces cesa la razon de no ser justo, que sin oyr en todas sus defensas, y fundamentos a el reo, o a el actor, se juzgue, y determine la pretension, sin dejarles recurso para ser oydos en toda su justicia, que cesa quando las partes propusieron su accion, y excepciones largamente, y sin limitacion de terminos, y el Iuez de espacio lo mirò, y considerò para resoluerse en la determinacion: porque en tal caso no ay causa para que digan no fueron oidos, ni tuuieron tiēpo para fundar su justicia, ni que el juez precipitadamente, y sin la deuida premeditacion los condenò, vt loquitur Albericus *in l.* 3. §. *causæ cognitio. in principio, ff. de Carboni. edicto.* Natta *cons.* 473. *num.* 36. Butrius *in cap. causam quæ de testibus.* Abbas *cons.* 50. *num.* 3. *lib.* 1. En cuyos terminos nos hallamos, porq̃ las dos executorias de que nos valemos, se dieron con pleno conocimiento de causa, alegando en la vna, y en la otra largamente de su justicia, y por diferentes peticiones la parte de el vinculo, siendo su Abogado siempre el Licenciado Azeuedo de Fonseca, que oy le defiende, y esto con mucho espacio, porque auiēdo salido el auto de vista de la primera executoria en veinte y cinco de Iunio de 1622. se suplicò, y no saliò el auto de reuista hasta quatro de Febrero de 623. que son siete meses de dilacion, y el auto de vista de la segunda executoria, auiendose hecho el pedimiento en onze de Febrero, no saliò hasta primero de Iulio, y el auto de reuista no saliò hasta diez y siete de Iunio de 625. que son dos años de dilacion, y fue

de el acuerdo general, por auerse remitido en discordia, y fueron ocho los Señores q̃ lo botaron, y los tres por escrito; qua igitur fronte, se insiste en que este fue conocimiẽto sumario, y baste para couẽcimiento de los aduersarios que a el juizio presente, que llaman ordinario, no han añadido alegaciones, ni aun hecho tantas, como en aquel juizio que llamã summario, ex quo fit, vt dicatur plene cognitum, & oriatur exceptio rei iudicatæ, vt relatis Soci. Boezio, & Simõ de Petris, dixit Gratianus *d. discep.* 445. *num.* 6. ni la disputa era, ni es mas que vn punto de derecho, sobre si quedaron, o no vinculadas las legitimas de don Gabriel.

SECVNDA ADVERSARIORVM AD EXCEPtionem rei iudicatæ responsio

28 LO segundo responden, que en materia de Mayorazgos los pleitos se asimilan, y equiparan a los matrimoniales, en quanto a passar en cosa juzgada la sentencia, quoad instantiam, nõ veró quoad substãtiam, y que siempre que constare de la verdad in contrarium, & de minus legitima defensione, se deue dar lugar a que se torne a tratar, y refricar lo mesmo que se ha juzgado.

IMPVGNATIO.

29 Aũque en las causas de Mayorazgos, si en la defensa, y litigio vuo colusion, y fraude, dejandose vencer sin hazer las defensas, que hechas pudieran obligar a el juez a juzgar lo contrario, la cosa juzgada propter fraudem, & collusionem, verificado que la huuo, no daña a el nueuo litigante, y procede bien la equiparacion de las causas matrimoniales, adhuc quando no se alega contra la cosa juzgada fraude, ni colusion, y aunque se alegue, no se prueba, ni justifica, non licet dubitare rem iudicatam officere reliquis successoribus, & interesse habentibus, arg. textus *in l. 1. §. denunciari, ff. de ventre insp. l ex contractu, ff. de iuditijs, l. si patroni, §. fi, ff. ad Trebel, l. filius familias, §. diui, ff. de leg. 1. l. si suspecta in prin ff. de inoff. test. l si superatus, ff. de pignor. l. si seruus plurium, §. 1. ff. de leg. 1. l. Papinianus §. si ex causa, ff. de inoff. test.* quæ iura recte perpendunt tam antiqui, quam moderni, quos more suo glomerat el señor don Iuan del Castillo, in quo omnes laudantur *lib. 5. cap.* 157. *à num.* 11. *vsque num.* 24. Addentes ad Molinam *de primog. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 7. Salgado *d. cap.* 8. *à num.* 334. de que se consigue carecer totalmente de fundamento esta segunda respuesta, supuesto por llano, como lo es, que en el caso presente no se alega por don Iuan Frãcisco de Torres, colusion, ni fraude, que diessen causa a las dichas executorias, ni opone de menos legitima defensa, ni puede, porque en este articulo, ni ha presentado recaudos algunos, ni hecho mas que alegar, y repetir lo mesmo que dixo, y alegò quando se litigaron las dichas executorias, reproduciendo la escritura de fundacion de mayorazgo, e hijuela de particion, que entonces presentò, ayudandole el mesmo Abogado que entonces tuuo, que como tan docto no se le ocultò alegacion que oy aya podido acumular a las que entonces hizo.

30 Ni es justo quod passim admittatur don Iuan ad infringẽdam rem iudicatam: porque aunque la sentencia no passe en cosa juzgada en los

los mayorazgos ob fraudem, collutionem, vel minus legitimam defensionem: *Adhuc transire in rem iudicatum dicendum est, quo ad hoc, vt nō indiscriminatim eam impugnare volens audiatur*, vt loquitur Thomas Sanchez de matrim.lib.7.disp.100.num. 4. *Sed oportet allegare aliquam verisimilem iniustitiæ causam, quæ iure optimo iudicem ad id credendum ducat, ne in infinitum pars contraueniens audiatur: quippe valde absurdum esset, vt passim, & indiscriminatim audiatur contraueniens sententiæ lapso appellandi termino, vel confirmatæ.* Hactenus Thomas Sanchez, que parece preuino la porfia de don Iuan Francisco: pues tantas vezes vencido en esta pretension, non veretur, & res iudicatas impugnare, con vnas mesmas alegaciones, eandem quæstionem reuocando in iuditium aduersus textum *in l.duobus.ff.de exceptione rei iudic.* Alias enim in maximū cedit reipublicæ detrimentum ei non acquiescere, & et vt eleganter tradit Casiadorus apprime huic rei conueniens: *Lib. 1. variarum epist.5.* his verbis: *In immensum trahi non decet finita litigia, quæ enim dabitur discordantibus pax Si nec legitimis sententijs acquiescant, vnus enim inter procellas humanas portus instructus, quem si homines feruida calliditate prætereunt, in vndosis iurgijs semper errabunt*, & Cicero *verrina* 4. inuehitur in Verrem, quod de re iudicata iudicauerit: *Versatur enim in hoc publica vtilitas: nec ciuile hominum consortium sustineri congrue posset, nisi rei iudicatæ tribueretur autoritas, quia consistit in ea populi frænum, & dignitas cuius potestas in Principem, & à Principe permeauit.* Verba sunt de el señor don Iuan de la Rea *decis.Granat.39.num.35.*

TERTIA ADVERSARIORVM RESPONSIO ad exceptionem rei iudicatæ.

31 LO tercero responden, que el vinculo saliò como tercio a impedir la execucion de las sentencias de graduacion de acreedores, pretendiendo impedir la distracciō de los bienes que se trataua vender para pagar a los acreedores, y que conforme a lo que decide el jurisconsulto *in l.à Diuo Pio §.si super rebus, ff.de re iudicata*, el juizio en la terceria, debiò ser summario, quedando ileso, y entero el derecho para el conocimiento en via ordinaria, y juizio plenario.

IMPVGNATIO.

32 Esta respuesta reincide en la primera, y mas es confirmacion de ella, que respuesta distinta, y se impugna con lo mesmo que la primera, y aun es comprobacion de la distincion que alli hizimos entre conocimiento sumario, y plenario, en cuyo apoyo se retuerce la decission de el Iurisconsulto *in dicto §.si super rebus.* Porque lo que dize es, que quando el tercero sale contradiciendo la venta de los bienes, el juez le ha de oir breue, y sumariamente, vt patet, ibi: *Sed sciendum est summatim eos cognocere debere.* Y de aì saca como por ilacion que quede ileso, y en toda su entereza el derecho de las partes, para si quisieren refricar la mesma question en juizio ordinario, y plenario. Mas si el juez no cumpliò con este precepto, y en la terceria oyò con pleno conocimiento de causa, no ay razon en que se pueda fundar, que el derecho de el tercero quedò ileso, y procede bien la distincion comun entre conocimiento summario, y plenario, con que impugnamos la primera

mera

mera repuesta, donde tambien hizimos euidencia, de que el conocimiento, que huuo para las executorias, fue largo y plenario. Y que no solamente don Iuan Francisco contradixo la venta de los bienes, sino tambien pidiò declaracion de ser vinculados, y que se le adjudicasen por tales, haziendo en esto su mayor esfuerço, y consintiendo que el juizio que de su naturaleza era sumario, se siguiese ordinariamente, y con pleno conocimiento de causa, quod potest fieri ex consensu partium *gloss in clem. sæpe verbo irritandus, & verbo partibus de verbor. signifi.* Tiraq. *de primog. quæs.* 24. *num.* 8. Maranta *disput.* 4. Giurba *dec.* 74. *nu.* 12.

QVARTA ADVERSARIORVM AD EXCEPtionem rei iudicatæ responsio.

33 LO quarto responden, que caso negado, que para las dichas executorias huuiesse procedido pleno conocimiento de causa, toda via no pueden produzir cosa juzgada contra don Iuan Francisco de Torres, ni obstarle su excepcion en la pretension presente, porque dizen que conforme a la ley *cum quæritur* cum duabus sequentibus, *ff. de exceptione rei iudicatæ*, deben concurrir para que obste la cosa juzgado, tres identidades, scilicet personarum, rei, & causæ: y que todas tres faltan en el caso presente. Porque dizen, que entonces litigô el vinculo, y mejora de tercio y quinto, solamente fundado por Fernando de Torres, y D. Francisca de la Serna su muger en el año de 1601 y que aora litiga el vinculo, y mayorazgo fundado solamente por doña Francisca en el año de 1609. que tienen entre si diferentes consideraciones y calidades; porque el vinculo de 601. fue de tercio y quinto solamente, y el de seyscientos y nueue de tercio y quinto, y de las legitimas paterna, y materna de don Gabriel. Fuera de que el vinculo de 601. fue sin asignacion de bienes, ni entrega de ellos. Y el vinculo de 609. fue con asignacion y entrega de bienes. Y por el consiguiente dizen, que falta la identidad de las personas. Y la segunda identidad, scilicet, causæ, iuris, vel actionis; tambien dize falta: porque vna cosa es dudar y disputar del valor de la mejora, vinculo, o mayorazgo de quota parte de bienes con respecto a el tiempo de la muerte, y si es reuocable, o no respecto de los acreedores posteriores; y otra cosa es disputarlo, donde ay asignacion con entrega de bienes, y translacion de dominio, tanto entre el mejorante, y mejorado, quanto con los acreedores posteriores, y por la mesma razon dizen que falta la tercera identidad de la cosa juzgada.

IMPVGNATIO.

34 Si como la doctrina de las tres identidades es cierta, lo fuera el aplicarse bien a el hecho de este pleito, ingenuamente nos rindieramos, omitiendo la excepcion de cosa juzgada, de que en primero lugar se vale la parte de Alonso Lopez de Leon, mas es tan cierto el concurrir todas tres identidades, que con mayor aliento retorcemos el argumento contra don Iuan Francisco de Torres. Porque quien litigò los articulos en que salieron las executorias, fue el mesmo don Iuan Francisco, que oy pide y litiga, y los reos fueron los mesmos acreedores que oy lo son, y quando no se quiera considerar por persona para este punto, sino a el mesmo vinculo, y mayorazgo, tambien fue y es vna

vna mesma, porque nunca se pidió, solo por el vinculo de el año de 1601. sino tambien por el de 1609. en que se incorporó el de 601. y las escrituras que se presentaron fueron ambas, ansi las de 1601. como la de 609. y siempre se fue insistiendo, en que el tercio, y quinto, y legitimas de don Gabriel estauan vinculadas por la escritura de el año de 1609. vt patet de los pedimientos in principio relatis numero 11. y ansi, aunque oy no se pidan por vinculadas, mas que las legitimas de don Gabriel, eadem res es lo que se pide, *l. si quis cum totum 1. in pri. ff. de excep. rei iudi.* vbi Vlpianus ait; *Quod si quis cum totum petisset, partem petat exceptionem rei iudicatæ nocere, quia pars in toto est quinimo licet duo corpora fuerint petita mox alterutrum corpus petatur nocebit exceptio.* consonat Pomp. *in l. si cum argentum §. si Stichum, ff. eodem,* & petita tota hæreditate obstare exceptionem, si singulæ res hereditariæ postea petantur dixit Vlpianus vbi proxime *§. & generaliter*, & Paulo ante *in l. Iulianus 3. ff. eod. tit.* quapropter, no ay para que hazer distincion de vinculos, ni acumular diferencias, que mas tienen de sofisteria, que de realidad, y queda llano, que las personas son vnas mesmas, y la accion y derecho, y lo q̃ se pide vno mesmo, pues si entonces pidiô don Iuan Francisco, y el vinculo de el año de 609. oy pide tambien, y si entonces se pidiò por la accion, y derecho de la escritura de el año de 1609. oy se pide en virtud de la mesma, y si oy se piden las legitimas paterna y materna, tambien entonces se pidieron, vbi igitur est diuersitas vbi distintio, personarum actionis, & rei? exulet igitur sofistica aduersariorum responsio.

QVINTA ET VLTIMA ADVERSARIORVM AD exceptionem rei iudicatæ responsio.

35 Finalmente responden q̃ està tan lexos el obstarle la cosa juzgada a don Iuan Francisco, q̃ antes le quedò abierta puerta para refricar la mesma question por el auto de ocho de Mayo de 626. de que se haze mencion supra num. 14. por que dize, que auiendo tercera vez intentado, q̃ los bienes de el mayorazgo de el año de 609. no se auiã de vender para pagar a los acreedores del dicho don Gabriel, salio el dicho auto en que se mandò, q̃ el dicho vinculo siga su justicia como y adonde le conuenga: para lo qual se le reseruò su derecho, con que dize, que tacitamente se declaró no estar juzgada esta pretension, por no ser compatible juzgado con reseruado.

IMPVGNATIO.

36 Visto con mediana atencion el pedimiento, sobre que cayò el auto de ocho de Mayo de 626. se hallatà que solo mirò la reserua a la pretension, que el vinculo tenia a los bienes de la fundaciõ de el año de 1609. fundandose solo en auer hecho la institucion en virtud de facultad real, que juzgó tener para ello doña Francisca de la Serna, y aunque no se declare en el auto, se deue entender que la reserua, fue en quanto a la pretensiõ de ser vinculados todos los bienes en virtud de facultad, y como sobre su validacion estaua pleito pendiente ante los señores de el Real Consejo, fue justo, y preciso el reseruar el derecho a las partes, para que en la dicha razon lo pidiessen, y siguiessen

ante

ante quien, y como viessen que les conuiniesse, dando con esto bien a entender, que en este tribunal no se auia de seguir articulo que tuuiesse solo por fundamento la facultad real, o a lo menos que estando pendiente el articulo sobre si fue valido, o no como tan perjudicial, no se auia de tratar, ni determinar la question sobre si a el vinculo pertenecian in totum los bienes comprehendidos en la escritura de el año de 1609. Porque lo que se dedujo en el pedimiento fue solo esto. Y ansi se declaró en su peticion a fol. 1448. ramo 2. donde dize, que solo trata de el mayorazgo que doña Francisca hizo en virtud de la facultad real, sententia quippè intelligitur lata ex qualitate, & causa in libello deducta, quanuis in eadem sententia non exprimatur, glos. *in l. hæc enim causæ. ff. de susp. tut. l. si quis ad exhibendum*, ff. de excepti. rei iudi. glos. N*ot. in l. & puto. §. 1. ff fami, ercis.* Bart. *in l. 1. C. de errore calculi.* Salgado *de reg. proct. p. 4. cap. 8. num. 294.* alias enim sententia non esset conformis libello contra textum in cap. licet Hely. de Simonia, cum vulgatis.

37 Immô si rectè aduertatur, de los autos de vista, y reuista, de quibus supra num. 14. (con que los Abogados de don Iuan Francisco colorean el auer resucitado nueuamente, lo que ya estaua vencido, y juzgado) no solo consta, que la reserua fue mirãdo a la facultad real, sobre cuya validacion estaua pleito pendiente en el Consejo: verumetiam, hazen cosa juzgada para vno, y otro efecto. Lo primero, suponiendo ser materia muy distinta la de el juizio de mayorazgo mediãte facultad real a la pretension de el vinculo, o vinculos por disposicion de las partes, vsando de el derecho comun, y leyes de estos Reynos, vt de se patet: sed sic est, que en el pleito quando salieron aquellos autos, no auia facultad real, sino esperança de ella si se venciesse el pleito en el Consejo: ergo preciso es entender, que la determinacion principal de los autos, fue remitirle a el Consejo, y ansi entran mandando que siga su justicia, donde, y como viere que le conuenga, &c. Lo segundo, porque siendo el pleito sobre que los bienes que don Iuan Francisco defendia, no auian de pagar las deudas de que se trata, salieron los autos mandando que siga su justicia sobre el mayorazgo: quid apertiùs dicere potuit? para que entendiesse, que hasta tener mayorazgo con facultad Real como queria, no tenia que litigar en esta Audiencia. Lo tercero, la reserva fue, y es contra el mismo don Iuan Francisco, quatenus no se hizo para seguimiento, que en este Tribunal le quedasse, sino para que aquel jus de mayorazgo in spe, que ni se vencia, ni juzgaua en dichos autos, se quedasse como estaua; quod bene probat I.C. Triphon. author reseruationũ, *in l. Bebius Marcellus 30. ff. de pactis dota. in fine*, ibi: *Itaq; placuit eum ab ea petitione absolui: nulla ex hac sententia facta derogatione fideicommissi petitioni, quàm iure hæreditario, &c.* Quasi diceret en nuestro caso quando tenga mayorazgo con facultad, saluo le queda su derecho. Y los Señores que tenian bien entendido el pleito, porque no se pudiesse tomar color de el nombre de reserua, lo preuinieron, diziendo: *Sin que por esto se impida la execucion de la venta de los bienes conforme a los autos de vista, y reuista en esta causa pronũciados.* Y nada à bastado para atajar la porfia de padre e hijo: antes se està gozando los bienes a titulo de administracion. Nec est omittendum, quod rectè fundat Grammaticus *decis. 66. n. 5.*

para

para que la reserua nunca impida la cosa juzgada, ni es de sustancia, sino aliunde quærenda, que es puntual para este pleito.

38 Accedat his omnibus doctrina gloss. fin. *in l. licet, §. fin. ff. nautæ caupō.* ex qua desumitur firma regula, quod si vna quęstio, semel fuit discu non est iterùm disputanda, hac ratione, ne sæpiùs de eodem admisso sa quæratur, vt in eodē textu fundatur. Que a nuestro proposito es dezir, que pues tantas vezes està juzgado, que los bienes de padre, y madre de don Gabriel quedaron obligados a sus deudas contraidas, hasta que murieron, y que se han de vender, para que sean pagadas. Porfia es querer boluer suscitar la disputa con vna reserua, que aunq̃ hablara en el caso no podia alterar lo juzgado, *l. 1. C. quando prouocare non est necessé.* Y mucho mas llano es esto quando se resguardò con la limitacion de que esto no prejudicase a lo juzgado, y su execucion, *l. duobus cum alijs, ff. de exceptione rei iudi.*

39 Ex quibus consequitur, que auiendo despues salido executoria de el Real Consejo, en la qual expressamente se declarò por ninguna la facultad, y mayorazgo en su virtud fecho, quedò consumida la reserua del auto de ocho de Mayo de 1626.

40 Sid que obste el dezir, que quando salio el dicho auto, en que se hizo la reserua, no se auia hablado del pleito, que estaua pendiente en el Gonsejo: y que no se pudo entender la reserua de lo no tratado, ni pensado. Porque lo primero que se opuso fue, que sobre el mayorazgo hecho en virtud de la facultad Real, estaua pleito pendiente en el Real Consejo, y de ello se presentaron dos testimonios en el ramo 2. a fol. 493. y a fol. 845.

41 Verùm ex abundanti, resta satisfacer a dos objecciones que haze don Iuan Francisco de Torres contra la excepcion de cosa juzgada, de que se vale la parte de Alonso Lopez de Leon, la vna de palabra en Estrados, y la otra por escrito en el parrafo final de el presupuesto onzeno de su informe.

PRIMA ADVERSARIORVM OBIECTIO.

42 LO primero oponen, que el auto de vista de primero de Iulio de 1632. en que se declarò no auer lugar venderse los bienes de la mejora de tercio y quinto, respecto de los acreedores posteriores a ella; quedò consentido por algunos delos acreedores, porque auiendose litigado con quinze, los nueue dellos no suplicaron, vno de los quales fue Alonso Lopez de Leon: con que quedò passada en cosa juzgada, en quanto a ellos, y no se pueden aprouechar de el auto de diez y siete de Iunio de 1625. en que se declaró deuerse entender respeto de todos los acreedores que quedaron a el tiempo de la fin y muerte de doña Francisca de la Serna, y su marido.

SOLVTIO.

43 PVsieranos en mas cuidado si la objeccion se fundara en texto, o doctrina, por ser preciso el concordallas con los textos, y doctrinas, que nos enseñan, que la apelacion de vn consorte, quando muchos litigan por vn mesmo derecho, y con vna mesma defensa, aprouecha a los que no apelaron, para que lo juzgado con el apelante se entienda

entienda juzgado con los demas que no apelaron, textus expresus *in l. 1. C. si vnus ex pluribus apella. cap. vna sententia 72. de appellationibus* concordat textus in *l. 5. tit. 23. p. 3.* Lanzelotus *de attentatis cap. 12. ampli. 11.* per totum. Scacia *de appellationibus lib. 3. cap. 2. quæs. 11. num. 77.* adeò, vt nec contra non apellantes sententia executioni mandari posit ex Imola, & alijs relatis, & secutis per Greg. *d. l. 5. glos. 4.* Barbos. *in d. cap. vna sententia, in fine.*

44 Y procede (non nullis refragantibus) aunque el apelante sea oydo en su apelacion por beneficio particular, veluti auxilio minoris ætatis, siendo la materia indiuidua, nam quoties communis est omnium litigantium, & vnica defensio, eademq; ratio vincendi apellatio vnius quocumque iure etiam priuilegiato obtenta omnibus alijs eiusdem litis consortibus prodest ex glos. celebri *in l. 2. verbo non prodest C. si vnus ex pluribus, & in l. vnica verbo patrocinari, C. si incommuni causa in inte. resti. postu.* facit glos. elegans *in l. 2. C. de consortibus eiusdem litis* bonus textus in *l. si qui separatim §. 1. & §. finali, ff. de apellationibus*, docuit Bald. *in l. 3. §. sed vtrum, circa finem, ff. de minoribus*, Greg. Lopez *in d. l. glos. verbo pio*, y ansi se juzgó en el senado de Napoles, vt testatur afflictis *decis. 213. num. 3.* sequuntur Scacia *vbi supra dicto num. 77* Ruinus *cõs. 77. volum. 4.* Tuscus *litera A. conclus. 363. num 4. & num. 16.* Mauricius *de restitutione in integ. cap. 185. & 187.* Gail. *obserua. 126. n. 3. lib 1.* Lanzelotus *vbi supra.* Farin. *q. 101. num. 17. ampli. 8.* Craueta, qui benè loquitur *cõs. 178. num. 1.* Rota Romana apud Serafinũ *decis. 313.* in princio: y mejor que todos Trentacinquius *varia. resolu. volumi. 1. lib. 2. tit. de minoribus, resolutione 5. per totam.* Donde con summa elegancia explica quando res dicatur indiuidua: y afirma in omnibus omnino indiuiduis hanc obtinere resolutionem. Y se aplica bien a el grado de suplicacion, quia appellatio, & supplicatio regulariter æquiparantur, & dispositum in appellatione debet obseruari in supplicatione *ex l. fin. § penult. C. de tempor. & repa. apella*, & pluribus relatis in expresso docet D. Geronimo de Leon *en las decissiones de Valencia, decis. 103.* Por lo qual supuesto por llano, que en el caso presente (respecto de todos los acreedores posteriores a la fundacion de el año de 1609) el hecho fue vno mesmo, y la defensa de todos los acreedores vna mesma, & ratio vincendi eadem, la victoria de los que suplicaron omnibus opitulari necessum est, quasi tunc aliter fieri non posit, nisi vt sententia prosit omnibus, Gratianus *disceptatione 115. num. 37.* vbi plura cumulat pro huius articuli decisione notanda.

45 Y hablando en nuestros proprios terminos de cõcurso de acreedores, en que vnos suplicaron de la sentencia, y otros no, quòd victoria supplicantiũ prosit non supplicãtibus propter defensionis vnitatem, docuit nouissimè Iosephus Ramonus consi. 41. vbi num. 2. sic ait: *Duo in primis examinanda, & discutienda sunt dubia. Primum est, vtrùm supplicatione à nonnullis creditorum interpositaqueant cæteri creditores, & collitigantes, qui non supplicarunt, adiuuari, quòd in fauorem creditorum decidẽdum, omni procul semota dubitatione existimamus.* Y en el numero 8. põdera bien, que la colusion, o negligencia de el procurador, que dejó de suplicar, no es justo que dañe a el acreedor, particularmente quãdo no tiene de que pagar el daño, y concluye con estas palabras, que por hazer tan a nuestro proposito las refiero: *Et supplicationem esse specium*

ciem defensionis, pro qua lata semper est facienda interpretatio, & quasi monstruo sum videretur lata sententia in fauorem creditorum qui supplicarunt, cæteros qui eodem iure, & vnica actione vtuntur suis creditis remanere defraudatos, omnique iuris remedio destitutos absq; culpa sua, quod in primis detestandum est in supremo regio senatu, vbi explosis iuris scrupulositatibus secundum naturalem iustitiam æquitatemq; iudicatur, & deniq; suadetur resolutio hæc ex Pauli sententia, *in l. cum vnus, ff. de bonis authoritate iudicis posidend.* donde el hecho de vno de los acreedores afirma que aprouecha a todos los demas: y supone el Consulto, que en siendo concurso de acreedores, es compañia, orden, o congregacion, & sic quod per vnum agitur, seu defenditur dicit, *quod ex ordine fit.* Erubescant igitur aduersarij sine lege, vel Doctore loquentes aduersus iuris principia, & interpretum receptas traditiones.

SECVNDA ADVERSARIORVM OBIECTIO.

46 LO segundo, opusieron en los Estrados a la vista, que sin embargo de auerse valido la parte de Alonso Lopez de Leõ, y otros acreedores de la mesma excepcion de cosa juzgada, para no responder a la demanda, sobre que se fundò el articulo presente, se les mandò respondiessen, con que quedò vencida esta excepcion, y no se puede boluer a refricar.

SOLVTIO.

47 Sabido principio es, que la excepcion de cosa juzgada, y otras de su calidad se pueden oponer en dos maneras: la vna en fuerça de dilatorias, para impedir el ingresso de el pleito, y la otra en fuerça de perentorias para conseguir la liberacion en difinitiua, y aunque opuestas en fuerça de dilatorias se menosprecien, todauia se pueden oponer en fuerça de perentorias, ad merita causæ, porque se oponen para diferentes fines, como lo son el impedir el ingreso, y el conseguir, vt reus difinitiuè absoluatur, argumento textus *in cap. veniens, El. 1. de testibus,* & docet Bartolus *in extrauaganti ad reprimendum versiculo summaria, numero* 4. Carrocius *de locato titulo de euictioni. numero* 43. Bald. *in l. postquam liti. C. de pactis, & in l. excipitur in fine, C. de probat.* Alex. & communis Doctorum *in l. eleganter, §. si quis, ff. de condict. in debiti, & in l nam & posteaquam in prin. ff. de iure iur.* Decius *in Rub. C. de edendo num.* 6. Innocent. *in cap. super litteris, num.* 11. *de excep.* Grego. Lopez *in l. 1. tit. 3. par. 2.* Padilla *in l. fratris num. 5. C. de transact.* Pax. *in praxi tom. 1. p. 1. temp. 7. num.* 7. Gutierrez *lib. 1. quæst.* 52. Tuscus *littera* E. *cõclus.* 38. *num.* 18. Azeuedo *in l. 1. num. 44. tit. 5. lib.* 4. Mastrillus *decis.* 148. *nu.* 33. el señor Perez de Lara *de vita hominis cap. 25. num.* 28. & receptum apud suprema tribunalia pro cõsiliatione, *l. 10. tit. 10. & l. 10. tit. 3. p. 3.* tradit Molina *de primog. lib 4. cap. 9. num.* 41. vbi additionatores plures cumulant. iure igitur optimo, aunque Alonso Lopez de Leon, y consortes opusiessen la excepcion de cosa juzgada en fuerça de dilatoria, para que no se les obligase a entrar en el pleito, pudieron, y pueden repetirla oy en fuerça de perentoria, vt absoluantur diffinitiuè ab impetitione actoris.

SECVNDA EXCEPTIO.

Que el consentimiento que diò don Gabriel de Torres de el Salto, para que su madre metiesse en el mayorazgo de el año de 1609. *sus legitimas paterna, y materna*

na se desuaneció, y redujo a no consentimiento, por auer sido nulo, y declarandose por tal el mayorazgo, que su madre hizo en virtud de la facultad Real.

48 SI se mira con mediana atencion la clausula de la escritura de fundacion de el mayorazgo, que es la sexta, y vltima, que en el presupuesto doze de su informe puso a la letra don Iuan Francisco, se hallarà ser innegable, que el consentimiento que don Gabriel prestò en el grauamen de sus legitimas, tuuo por causa final el bien, y fauor que su madre le hazia, vinculandole toda la demas hazienda, de que se auiã de pagar, y satisfacer las legitimas paternas, y maternas de los demas sus hermanos, y coherederos en virtud de la facultad Real, de que se le seguia a el, y a toda su descendencia grande prouecho y vtilidad, vt patet ex clausula, ibi: *Y tengo en mucha merced la que por ella me hazeis*, & ibi: *Porque yo declaro que me es vtil y prouechoso*, &c. Cum enim nulla alia in proemio huius dispositionis inferatur causa, præter quam el serle vtil, y prouechoso el vinculo, y muy considerable el bien y fauor que en ello su madre le hazia, vinculandole todos los bienes, ansi paternos, como maternos, en perjuizio de los demas coherederos, hanc fuisse causam finalem de el consentimiento de don Gabriel inficiari quis audebit? contra textum *in l. fin. ff. de heredibus institu.* iuncta Doctrin. Bart. *ibid. num.* 3. quem sequitur Petrus Surd. *conf.* 210. *num.* 28. Menoch. Rolandus, Cephalus, Mantica, Molina, Tuscus & alij, quos cumulat el señor don Iuan de el Castillo *tom.* 4. *cap.* 47. *&* *lib.* 5. *cap.* 172. *num.* 16. Casanate *conf.* 10. *num.* 35. Gratianus *cap.* 479. *nu.* 71. *&* 75. præsertim attenta natura illius dictionis, *porq̃* qua vtitur dõ Gabriel quæ causam finalem inducit, vt probatur ex d. l. fin. ibi: *Quia hæredes quos volui habere non potuit*, & alijs iuribus notarunt Bart. & alij congesti per Tiraq. *in tractatu cesante causa, limitatione* 1. *num.* 82. Galganetus *de conditionibus, & demonstr. p.* 1. *cap.* 98. *num.* 1. *&* 2. Y aunque no lo dixera tan claro don Gabriel, la razon natural lo dicta ansi: cuius allegationem sufficere probat, *l. scire oportet § sufficit, ff. de excusat. tut.* porque qual otra causa le pudo obligar a que los bienes que le deuian libres, scilicet sus legitimas paterna, y materna se los diessen sugetos a restitucion, priuandose de el señorio que consiste en la libre disposicion de las cosas propias, plurimum enim valet ratio naturalis pro interpretatione cuiuslibet dispositionis, vt latè ostendit Surdus de alimentis, *tit.* 9. *quæs.* 32. *num.* 40.

49 Y aunque no se expresse, se presume ser la final de la disposicion, Tiraq *d. limitatione* 1. *num.* 67. señor don Iuan de el Castillo *d. lib.* 5. *c.* 173. *num.* 31. De que resultan diferentes efectos, y el principal es, quod deficiente causa finali contractus, vel dispositio aut actus, qui geritur deficit, siue annullatur, aut rescinditur, *d. l. cum te fundum*, vbi glos. verbo *conueniat*, Bald. & Castrens. *num.* 1. *C. de pactis*, Rolandus *conf.* 9. *nu.* 40. *vol.* 4. Cancerius *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *num.* 104. *& duob. seq.* Sesse *decis.* 31. *num.* 24. Surdus *decis.* 220. *num.* 18. *&* 19. señor don Iuan de el Castillo lato calamo *d. cap.* 172. *num.* 26. bien pues pretendemos, que por auer faltado la causa final de el consentimiento, que prestò don Gabriel en el grauamen de sus legitimas, videlicet, el mayorazgo que de los demas bienes, y legitimas de sus coherederos instituyô su madre, por

auerse

auerse dado por ninguno por executoria de el Real Consejo, se dedujo a no consentimiento, y que no pudo obrar cosa alguna, tāquā si ab initio præstitutus non fuisset, vt in simili argumentatur Bald. *in l. cum quis num.* 18. *C. de iuris, & facti igno.* Petrus Ricciardus *insti. de oblig. in principio* 273. *ex contractu*, &c. *fol. mihi* 53.

50 Vrget præterea, & ex prędictis quoque deducitur, que el consentimiento de don Gabriel fue correspectiuo de la fundacion de el mayorazgo, que su madre hizo en virtud de la facultad real, que para ello juzgô tener, y don Gabriel creyò le seria cierto, y seguro, non aliter consensurus grauamina, in quo tota consistit correspectiuitatis essentia, *l. lecta*, vbi Doctores, *ff. de reb. creditis*, Doctores etiam *in l. bonæ fidei, l. petens C. de pactis.* Tiraquelus *in l. si vnquam verbo*, donatione largitus, *num.* 117. *C. de reuocan. donat.* & *de retract. conuent.* §. 1. *glos.* 5. Sesse *decis.* 19. *num.* 2. Surdus *cons.* 387. *num.* 6. *&* 7. Ioseph Ramonius *cons.* 7. *num.* 36. y aũque la materia de correspectiuidad es toda conjectural, y se induce por presumpciones quemadmodum post Curtium Seni. *cons* 54. *in fi.* Corneum *cons. fi. lib.* 1. Decium *cons.* 279. *& cons. fi.* Albam. *cons.* 45. docuit Menoch. *de præsumtibus lib* 6. *præs.* 11. *num.* 1. En el caso presente concurriô la mas fuerte, porque en vn mismo instrumento fundò doña Francisca su mayorazgo, y dõ Gabriel consintiò el grauamen en sus legitimas, ita glos. *in l. vt iuris iurandi. in prin. verb. libertatis, ff de operis libertorum*, Bald. *in l. petens num.* 49. *C. de pactis*, Alex. *cons.* 90. *lib.* 3. Menoch. *d. præs.* 12. *num.* 4. Sesse *d. decis.* 19. *num.* 2. plures glomerat more suo Giurba *decis.* 85. *num.* 18. quia cum plura sunt posita in eodem contractu, tunc vnum censetur alterius contemplatione positum, *l si ventri* §. *fi. ff. de priuileg. credit.* Bart. *cons.* 61. latè Becius *cons.* 92. *num.* 6. Surdus *decis.* 155. *num.* 9. *& decis.* 157. *num.* 7. Siendo ansi, que bastara aunque fuera en diferente instrumento dummodo eadem die, vel paulo post conficeretur: sic respõdente Anchar. *cons.* 434. Craueta *cons.* 298. *num.* 13. Corneus *cons.* 23. *in fine, lib.* 3. Menoch. *vbi proxime nu.* 28. *&* 32. Sesse *d. decis.* 19. *nu.* 3. Beccius *cons.* 45. *n.* 30. *&* 31. Cepha. *cons.* 544. *num.* 12. *vol.* 4. Decianus *cons.* 10. *nu.* 13. *vel* 2. Gratianus *discep.* 692. *num* 42. & *discep.* 853. *num.* 31. Giurba *d. decis.* 85. *num.* 19. Gutierrez de *Gabellis quæst.* 66. *num.* 11. Remanet igitur firmum correspectiuum fuisse consensum à don Gabriele præstitum. Ad effectus exinde dimanentes decurrat oratio.

51 Raro es el interprete, que dexe de tratar algo de la fuerça, y effectos de la correspectiuidad de los actos, el principal es el vnirles tanto entre si, que los haze vno: ita Craueta *cons.* 298. *num.* 13. Sesse *d. decis.* 19 *num.* 3. adeò vt non sit dare priùs, nec posteriùs, sed dicitur vnicus contractus, Felinus *in cap. pastoralis num.* 7. *de rescriptis.* Gabriel *de præsumptionib. conclus.* 13. *num.* 17. Rota Romana per Farina. *decis.* 428. *p.* 1. Gratianus *discep.* 759, *nu.* 10. & indiuiduus Gratianus *d. discep.* 692. *n.* 38. Quinimò les comunica vna mesma naturaleza, ansi en lo substancial, como en lo accidental, vt post alios docuit Rota Romana *decis.* 95. *in fi. lib.* 1. in nouis. Menoch *d. præs.* 12. *n.* 3. pacta quoque, & conuentiones adiecta vni præsumi, atq; censeri repetita in altero, & vnum tribuere legem alteri dixit Corneus *cons.* 61. *penult. colu. lib* 3. Tuscus *littera C. conclus.* 1044. *num.* 6. Alex. Raudensis *cons.* 36. *num.* 136. Franciscus de Ponte *cons.* 10. *num.* 9. Ramonius *cons.* 8. *num.* 7. *& num.* 12. *& cons.* 37.

37. *num.*186. de que resulta que anulado el vn acto de los correspectiuos, eo ipso se anula el otro, *l. filio §. matri. l. alūnæ §. seia, ff. de alimentis legatis, l. etiam §. ex causa, ff. de minoribus, l. qua emptor. in prin. ff. de rescindenda venditione, l. Clemens §. fin. ff. de hæredibus instituendis*, docuit Bald. *in d. l. petens num.*49. Alex. *cons.* 150. *lib.* 3. Corneus *cons.* 98. Alba *dicto cons.* 45. Craueta *cons.* 246 *num.* 4. Menochius vbi supra *num.* 2. Sesse *dicta decis.* 19. *num.* 8. Gratianus *diceptatione* 692. *num.* 37. Giurba *dicta decis.* 85. *num.* 24. Gonzalez *ad regulam* 8. *Chancileriæ glos.* 27. *num.* 4. Antonius Fauer *in C. tit.* 11. *lib.* 2. *diffinitione* 8. *in fine.* præsumit quippè lex aliter futurum non fuisse, vt partes cōtraherent, & tunc ex indiuiduo voluntatis vtrumq; corruere, quia in correspectiuis est regula generalis, vt vnum sine altero deficiat, & in tantum vnum censetur promissum inquātum alterum correspectiuum adimpletur, vt benè Apōte vbi supra, & prosequitur Petrus Bimius *cons.* 282. *num.* 29. *lib.* 3. & stante correspectiuitate, non esse faciendam diuersitatem vnius actus ab altero, sed vnum debere esse iuditium dixit alijs relatis Gratianus *discep.* 627. *num.* 22. & *discep.* 924. *num.* 2.

52 Y con estos principios, què en si son infalibles, hallamos decididos varios casos, tam in disputando, quàm in consulendo, & iudicando, y por refresco de memoria, la hazemos de algunos, que mas se careān con el presente. In primis igitur prodeat celebris Rotæ Romanæ decisio 542. *num.* 9. *p.* 1. diuersarum in cuius specie, auiendo vno otorgado su testamento, e instituidò por heredero a su hermano, este instituido hizo donacion de sus bienes fratri à quo hæres institutus fuerat: y despues el testamento se diò por ninguno, ac consequenter donatio euanuit; y esto ex potentia correspectiuitatis, porque la donacion se juzgò fecha causa, & respectu ipsius testamenti, cuya nulidad influyò en la donacion, como correspectiua de el testamento, refert & laudat Menoch. *d. præs.* 12. *num.* 18.

53 Decius *cons.* 182. *nu.* 8. afirma, que la donacion hecha por el padre a el hijo, poco despues de auerle su hijo hecho otra tal donacion, se presume auerla hecho el padre respectu & causa donationis in ipsum à filio collatam, de que saca por consequencia Craueta *cons.* 303. *lib.* 3. que si la vna es fingida y simulada, sic similiter, & altera ob vim correspectiuitatis. Similis decisio apud Cancerium *tom.* 3. *variarum c.* 21. *à num.* 231.

54 Idem Craueta cons. 463. num. 9. & 10. consuluit, que la fidelidad que el vasallo jura a su señor, es correspectiua de el pacto, y promesa que haze el señor, scilicet de obseruandis iuribus subditorum, y por el consiguiente si el señor les quebranta sus fueros, y priuilegios, non remanent subditi obligati ad obseruantiam iuramenti fidelitatis.

55 Antonius Fauer *in C. tit. lib.* 6. *tit.* 5. *diffinitione* 15. pulchrum refert casum agens de testamento à viro, & vxore simul facto, en el qual vnos de los hijos fueran instituidos en los bienes solos del padre; y otros solamente en los de la madre, y auiendo muerto el padre, matre superuiuente, testamentum ipsa mater reuocauit, y resuelue, que con esto quedò reuocado el testamento de el padre, nulla alia ratione quàm propter potentiam correspectiuitatis audi Fabrum, quia mirificè loquitur. *Dicebam non vnum quidem testamentum videri debere, sed duplex cum, & duorum hominum testamenta essent, & duarum hæreditatum. Sed tamen*

l. alumnæ 30 § 1.
l. filio 31 § 1. de adim. lega
l. Clemens 81 § 1. de hær. inst.
l. etiam 24 § 1. de min.

tamen negari non poſſet quin alter alterius contemplatione factum fuiſſet, & vt noſtri locuntur, quin eſſent correſpectiua, ſiquidem apertum eſt neutrum ex coniugibus ita teſtaturum fuiſſe ſi de bonis ſuis ſolus teſtatus fuiſſet, vt quibuſdam ex liberis totum patrimonium, alijs verò, quos non exhæredabat nihil relinqueret, cui conſequens eſſe dicebam, vt reuocato per alterum ex coniugibus teſtamento, aliud quoque omnimodo reuocatum videri deberet, vt contingit in actibus omnibus correſpectiuis, deſtructo vno, altero quoque deſtruitur. Hactenus Fauer.

56 Poſſem & alia quamplurima ſimilia referre quod potius laborioſum, quam ſubtile eſſet præſertim in re tam aperta, y donde poco baſta para que ſe tenga por bien fundado, que por auer ſido el conſentimiento de don Gabriel correſpectiuo de el mayorazgo, que con facultad Real ſu madre fundó, y eſte declarandoſe por ninguno por executoria de el Real Conſejo, ſe le comunicó la meſma nulidad a el conſentimiento de don Gabriel, y ſe redujo a no ſer, tanquam ſi ab initio pręſtitus non fuiſſet. Exinde conſequitur omni prorſus deſtitutam eſſe fundamento la intencion, y nueua pretenſion de don Iuan Franciſco, de que ſe declaren por vinculadas las legitimas, que por muerte de ſus abuelos pertenecieron a don Gabriel ſu padre.

PRIMA ADVERSARIORVM RESPONSIO.

57 LO primero reſponden, que el conſentimiento que preſtò dō Gabriel para el vinculo de ſus legitimas, no fue de tal manera dependiente, y correſpectiuo de el vinculo fundado en virtud de la facultad Real, que por no ſubſiſtir eſte, quedaſe deſecho el vinculo de las legitimas de don Gabriel, y libres los bienes que por ellas huuo de auer; porque dizen, que para que la correſpectiuidad obrara eſte efecto, era neceſſario pacto expreſo, y que en la meſma eſcritura ſe dixeſe, que no teniendo efecto el vinculo en quanto a las legitimas de los demas hermanos, no lo tuuieſſe en las legitimas de dō Gabriel, conforme a la doctrina de Acurſio, *in l. cum te.* verbo. *conueniat C. de pactis inter emptorem*: a quien dizen ſiguiò Azon, y la ley de partida 58. *tit.* 5. *p.* 5. y que eſte pacto, y declaracion no lo huuo en el conſentimiento que diò dō Gabriel. Præter quam quod baſtantemente quedó beneficiado cō la mejora de tercio y quinto, que en ſu fauor y deſcendencia hàzia doña Franciſca ſu madre en la dicha fundacion de ſeiſcientos y nueue, pudiēdoſela quitar toda ſi quiſiera, y eſcluirle de ella, haziendola en qualquiera otro de ſus deſcendientes.

IMPVGNATIO.

58 LA primera parte de eſta reſpueſta ſe reduce a ſuponer por cierto, que para que la correſpectiuidad obre ſus efectos, es neceſſario, que ſe paccione entre las partes, que no teniendo efecto el vn acto, no lo tenga el otro ſu correſpectiuo, reſolucion que derechamente es contra los textos, y doctrinas, en que nos fundamos, y contra la comun opinion, de que la correſpectiuidad es materia conjectural, vt diximus ſupra num. 49. lo qual no ſe compadece con ſer neceſſario el pacto expreſo, de que en la reſpueſta ſe haze mencion; pues con el nos hallaramos en voluntad clara, y llana de las partes, ſin ſer neceſſario ocurrir a preſumpciones reſultantes de la correſpectiuidad, y ſu tratado fuera vano.

Neque

59 Neque tunc obstat la doctrina de Acurcio, que queriendo consiliar la *l. cum te C. de pactis inter emptor.* con la ley *ea conditione* 14. *C. de resci. vendit.* dixo que la *l. cum te.* se deue entender en caso, que en el cõtrato aya expressa conuencion, de que no cumpliendose lo prometido sea ninguno, o rescindible el contrato, y la *l. ea conditione* quando no huuo tal conuencion, ab initio contractus, porque comunmente es reprobada teste Pinelo *in Rubrica de rescindenda venditione* 2. *p. cap.* 2. *num.* 18. *versiculo. glossa autem:* tum quia textus *in d. l. cum te.* esset de casu indubitabili, tum quia repugnat litteræ, & tenori eiusdem legis, vt bene Pinelus ibidem animaduertit dum sic ait: *Melius igitur reprobatur ea solutio, & cõsiliatio glossæ eo quod repugnat litteræ, & tenori vtriusq; legis, in illis enim referuntur verba conuentionis, non facta mentione talis pacti specialis quod res venditori restitueretur, neq; id magis subaudiendum est in vna lege quam in alia.* Nec verùm est, que Azon siguiò la opinion de Acurcio, como se comprueba de la inspeccion de todo lo que escriuiò sobre el tit. *de pactis inter emptorem.*

60 La ley 58. de partida, si dixera lo que por los Abogados contrarios se le imputa, nos pusiera en mas cuydado, verum communi quam sequimur sententiæ fauere nemo doctus inficiabitur, audias obsecro legis verba: *Mueuense los omes a las vegadas a vender sus cosas, por pleito que les facen ante en las vendidas, o por cosa que les prometen, de manera que si esto no les prometieran de otra guisa, no las querian vender, e por ende decimos, que quãdo alguno vendiese su cosa sobre tal pleito, que conuiene en todas guisas, que el pleito sea guardado, ca si no lo guardasen en la manera, que fue puesto, desfacerseìa por ende la vendida.* Vides ne? quomodo tantum refert conuentionis verba nulla facta mentione specialis pacti, scilicet quod altero contrahentium non adimplente promisa res venditori restitueretur. Numquid clarius? quid apertius dicere potuit? para darnos a entender, que quando el acto es correspectiuo, & factus propter alium isto corruente, & illum corruere, & ad nihilum reduci necesum est deficiente etiã conuentione expressa, quia sufficit tacita ex vi correspectiuitatis deprompta.

61 La segunda parte de esta primera respuesta, estriua en otro supuesto tan falso en el hecho, como el primero de que acabamos de tratar, lo es en el derecho, porque el dezir, que por la fundacion de el año de 1609. se le diô a don Gabriel la mejora de tercio y quinto, y que esta se la pudo quitar doña Francisca su madre, y darla a otro de sus descẽdientes, es in medio solis veritatis sæcutire, porque como los Abogados contrarios asientan en el primer presupuesto de su informe (y es innegable) doña Francisca, y su marido por el año de 1601. auian hecho vinculo de la mejora de tercio, y quinto de sus bienes, en fauor de don Gabriel, y sus descendientes con todas las clausulas de irreuocabilidad, que fueron necessarias para que no pudiessen boluer atras, ni quitarle a don Gabriel, y su descendencia el vinculo de la mejora de tercio, y quinto, ni para que no se lo quitase, tuuo necesidad de agradarla con el consentimiento de el grauamen de sus legitimas. Y reconociendo esta verdad doña Francisca en la fundacion de el año de 1609. no haze mejora de tercio, y quinto a don Gabriel, sino solamẽte dispone que la hecha por el año de 601. quede comprehendida, e inclusa en el mayorazgo, que entonces fundaua. Remanet igitur firmum,

mum, que la vtilidad, y beneficio que consideró don Gabriel, para consentir el grauamen en sus legitimas, solo fue el vinculo que su madre hazia de las legitimas de los demas sus hermanos, agregandolas a el mayorazgo de 601. en virtud de la facultad Real, que se entendió tener para ello.

SECVNDA ADVERSARIORVM RESPONSIO.

62 LO segundo responden, que don Gabriel quando prestò el consentimiento sabia muy bien el estado que tenia la facultad Real, y que solamente estaua concedido el fiat, y que ansi no se le prometió por su madre tacita, ni expresamente cosa cierta, ni fixa, de que se pueda pretender auerle faltado cumplimiento, y que vinculò sus legitimas en recompensa de cosa cierta, que fue el tercio, y quinto, y con esperança de que podia ser cierto el vinculo delas legitimas de sus hermanos, en virtud de estar concedida la facultad, como le asiguraron, que bastaua para ello hombres doctos, el estar concedido el fiat de la gracia, y ansi aunque despues el sucesso de el pleito de el Real Consejo mostró lo contrario: esto nunca pudo producir derecho, ni accion para resoluer el vinculo de sus legitimas.

IMPVGNATIO.

63 ADeô frigescit respõsio, vt aperta frõte pudieramos omitir su impugnaciõ, sed vt in omnibus suis numeris constet cõfutatio se impugna con suma facilidad, porq̃ para que el consentimiento de don Gabriel, se entienda, que fue correspectiuo del vinculo, que su madre hazia para el de las legitimas de los demas hermanos en virtud de la facultad Real, no fue necessario que se le promitiese, y asegurase que le seria cierto, y seguro, ni que ignorase el defecto de la facultad Real, y bastò que su intento fuesse aquel. Mayormente auiendo siempre tenido por cierto, que la facultad Real en el estado que estaua era legitima, y bastante, dando credito a los hombres doctos con quien se aconsejò, errando como ellos, y por su parecer, & satis dicitur error probatus cum appareat rem aliter se hebere, quam dictum fuit, *l. de ætate § .fi.ff.de interrog.actionibus,l.cũ de indebit.§.1.ff.de probat l.post diuisionem C.de iuris,& facti ignor.* Caueta *cons.157.nu.* 8. y no ay cosa tan contraria a el consentimiento, como el error. *l.mater.ff.de inoff.test.l.in repudianda.ff.de adq.hær.l.si per errorem;ff.de iurisd.omni.iudi.* Alex. *cons.9. num. 11.lib.5.*

TERTIA ET VLTIMA ADVERSARIORVM responsio.

64 LO tercero, y vltimo responden, que quando por razon de la correspectiuidad, y de no auer tenido efecto el vinculo, hecho en virtud de la facultad Real, tuuiera algun derecho don Gabriel a el, y no a sus acreedores, ni a otro tercero tocaua el declarar su animo, e intẽcion, y juntamente el mouer pleito, pidiendo recissión de el vinculo de sus legitimas: y que no auiendo hecho lo vno, ni lo otro don Gabriel, no tienen puerta sus acreedores por donde entrar a oponer de la dicha recission, por la doctrina general, quæ habet, que qualquier acto, aunque nulo o resoluendo fauore alicuis priuati, non annullatur, neq; resoluitur, donec is, cuia interst, non reclamauerit: y dizen que esto procede con mucha llaneza, en quãto a la legitima materna, que

por

por no estarle diferida, pudo consentir el grauamen don Gabriel en perjuizio de sus hijos, y de sus acreedores, aunque fuessen anteriores, sin que lo puedan impugnar: porque el medio de que pudieran vsar para ello es la querela de inoficiosidad, la qual es personalissima de el hijo, en tanto grado, que si muere sin intentarla, o prepararla, no la transmite a sus herederos, y por el consiguiente ni a sus acreedores.

IMPVGNATIO.

65 AVnque regularmente no se permite el alegar derecho de tercero *l. loci corpus, §. competit*, vbi Bartol. & Doct. *ff. si seruitus vindicetur, l. si quis emptionis, §. sin verò nullum, C. de præscrip. 30. ann.* Menoch *cons. 79. lib. 1. num.* 28. Thesaurus *decisione 4. num. 1.* Esto tiene sus limitaciones: y la principal es, quando el derecho que se opone de tercero, in totum est exclusiuum intentionis agentis, veluti, si pidiendome Pedro las casas que poseo, yo le respondia, que no tiene derecho alguno a ellas, porque no son suyas, sino de Iuan, o Francisco: quippè tunc licet opponà de iure tertij, adhuc audiri debeo: quia excludo con semejante alegacion actorem in totum à sua petitione, *l. fi. C. de rei vendicatione*, Bart. *in l. 2. ff. de exceptione rei iudi. & in l. si alienam, ff. soluto matrim.* Thesaurus *vbi proxime num. 1.* Gratianus *discep. 715 num. 25.* Caldas *de iure emphy. p. 3. c. 10. num.* 47. Ant. Fauer *in C. lib. 8. tit. 6. diffi. 18. & tit. 24. diffi. 28.* que es lo mesmo que si le dixera, y opusiera que litigaua sin accion, ac proinde audiendum non esse in iuditio, *l. si pupilli §. fi. ff. de negotijs gestis*, benè Barbos. *in d. l. si alienam num. 64. in prin.* y bien considerado potius est obijcere de defectu iuris agentis, quam opponere de iure tertij, vt aduertit Corneus *cons. 65. num. 11. lib. 1.* Barbos. *in d. l. si alienam num. 64. in principio*, Osualdus *in not. ad Donel. comment. lib. 24. cap. 2. lit. A. in fine*, ibi: *Licet tamen quoties id ius tertij probatum intentionem agentis excludit, & ius eius eneruat, quia non est verè exceptio iuris tertii, sed negatio iuris agendi*, & apertius dixerat superius *lib. 20. c. 7. in not. lit. D.* & ideò potest opponi, etiam si tertius nolit *d. l. fi. C. de rei vendi.* & Bart. relato Ant. Fauer *d. diffi. 18. num. 3.* Bien pues los acreedores de don Gabriel alegan, para excluir la intencion de don Iuan Francisco su hijo, euanuisse, siue corruisse consensum præstitum in grauamine legitimarũ, por no auer subsistido el mayorazgo de la facultad Real su correspectiuo: porque no es oponer derecho de tercero, sino deficiencia de accion, y derecho que tenga don Iuan Francisco para lo que intenta, scilicet, que se declaren por vinculadas las legitimas, que pertenecieron a don Gabriel por muerte de sus padres: porque qualquier acto correspectiuo ex propia natura tacitam induit, siue imbibit conditionem, scilicet si actus alter correspectiuus viribus subsistat, vt relatis Angelo, & Paricio constituit Gonzalez ad reg. 8. Cancelleriæ glos. 27. num. 17. ibi: *Facit etiam quod omnes promissiones, & renuntiationes habent in se tacitam, & subintellectam conditionem si pacta seruantur*, Angelus *cons. 59. num. 8.* Flaminius Pari, *de resig. lib. 1. quæs. 3. num. 44. & 45.*

66 Y aplicandolo a la question de el testamento que otorgan juntamẽte marido, y muger, instituiendose reciprocamente, pulchrè prænotauit, licet nouissimè Ioan Decxherus lib. 1. dissertat. iuris differt. 7. num. 4. *Præterea (inquit) reciproca institutio conditionali vi, & effectu conuenit, conditionalis namq; institutio, si conditio non impleatur, corruit: idem in*

reciproca

reciproca contingit. Tolle alterutram institutionem reciproca esse desinit;& quia reciproca non est, vtraque non erit: quia duæ istæ institutiones sese inuicem respiciunt,& vna alterius conditio, & causa est; causa (inquam) quæ in futurum tendit hac scilicet, conditionali intentione, si me instituat; vel vt me instituat, & in institutione perseueret: itaq; se mutuo ponunt,& tollunt. Interroga alterutrũ, an hac mente alterum instituerit, vt siue ille vicißim instituat, siue non instituat, ipse nihilominus illum instituisset: & an reuocata altera institutione ipse perstet etiam nunc in sua: certo certius negauit:& hoc perpetuum est in actibus correspectiuis, quorum alter alterius causa est textus in l.quæ onerandæ ff.quarum rerum actio non datur, & cessante vno cessat alter, l.filio §. matri. l.alumnæ §.Seia, ff. de adim.leg.l.cum te.6.C.de pactis inter emp.Baldus in l.petens num. 49.*C.de pactis.*

67 Desuerte que fue lo mesmo, que si don Gabriel huuiera dicho expresamente que consentia el grauamen, y vinculaua sus legitimas, si tuuiesse efecto, y consistencia el mayorazgo, que su madre fundaua en virtud de la facultad Real: pro expreso namque habetur, quod ex coniectur is colligitur, *l.licet imperator, ff.de leg.*1.*l. qui solidum* §.1. *ff. de leg.*2.*l.siquis locuplex in fine.ff.de manu.test.* & plura cumulat el señor don Iuan de el Castillo *tom.*4.*cap.*17.*num.*7. *& tribus seq.* Y principios llanos son, que de el contracto condicional non nascitur obligatio, *l.conditionales* 54.*l.cedere diem* 213.*ff.de verborum sig.l.cum ad præsens* 37.*leg. itaque* 39.*ff.si certum petat. l.*14.*tit.* 11.*p.* 5. neque vllum ius parti adquiritur Menoch.*cons.*452.*num.*42. Surd.*cons.*186. *num.*12. Viuius *decis.* 359. quamuis cõditio sit tacita, & subintellecta, *l.*1.§.*inest.ff.de condit.& demonstr.l.interdum in principio, ff.de verb.oblig.* glossa cõmuniter recepta, *in l. item. qui.* verb. *petatur, ff.de pactis* & singularem appellat Bart. *in l. quæ sub conditione* §.*fi.ff.de condit. & demonstr.* ac per consequens, neque nascitur actio, *l. licet* §.*ea obligatio, ff.de procurat.l.& an eandem* 14.§.*actiones, ff.de excep.rei iudi.textus in prin.inst. de verb.oblig.* Benè Ant.Pichar. *inst.de oblig.in rub.nu.*6.quòusq; conditio adimpleatur: quippè tunc retrotrahetur euentus conditionis ad tempus contractus, *l.huiusmodi* 64 *ff.de verborum oblig.l.potior* 11.§.1.*ff.qui potiores in pig.* & habetur dispositio pro pura arg.*l.fin.*§.1.*ff.de vulgari.& pup.* Peregri. *de fidei. art.*43. *nu.* 13. Señor don Iuan de el Castillo *tom.* 5.*cap.*119.*num.*8. Et consequenter no es negable, que don Iuan Francisco litiga sin accion, ni derecho.

68 Sin que se aplique bien a nuestros terminos la proposicion, qua habetur, quòd quando aliquis actus venit resoluendus, vel annullandus fauore alicuius priuati, se requiere, quod priuatus ille suam declaret voluntatem. Porque esto procede en los actos, in quibus ab initio priuatus ille tertius, no tiene declarada su voluntad, de que es buena especie la de la ley 2. *C. de iure emphiteutico* quà cauetur, que si el emphiteuta dexa de pagar la pension per trienium emphiteusis cadit in commissum, si el señor directo quiere, y no antes: y como los cõtrayentes in dubio censentur velle se conformare cum dispositione iuris, & actum, seu contractum facere secundum sui naturam, *l.quæro* §.*inter locatorem ff.locati, l.si stipulatus, ff de vsuris, l.*1.§.*siquis sub conditione, ff.vt leg.nomi.caueatur.* exornat Menoch. *de presump.lib.*3.*præs.* 38.*per tot.* Nouissimè el señor don Iuan de el Castillo *tom.* 5.*cap.* 86.*à num.*2. si en la constitucion de emphiteusis no se paccionò otra cosa, es visto que

desde

desde el principio el señor directo suspende la volũtad de que cayga en commisso propter non solutam pensionem, para quando suceda el caso non soluendi per trienniũ: y entonces, si dominus voluerit, repellet emphiteutam à rebus emphiteuticarijs, vt inquit Imperator o le dejarà en ellos, compeliendole alijs iuris remedijs ad solutionem pensionis: aliàs enim quod in fauorem domini directi introductum est, in eius dispendium retorqueretur contra, *l. quod fauore C. de legibus reg. quod ob gratiam de reg. iuris in* 6. ac consequenter, hasta tanto que el señor aya declarado su animo, y voluntad incurrendi commisum, nullus de amissione emphiteusis excipere poterit, vt multis relatis prænotauit Barbos. *in d. l. si alienam num.* 66. *in fine.* Ant. Fauer *in C. lib.* 8. *tit.* 24. *diffi.* 39. *num.* 6. quippè quod exceptio non concludit actorem sine actione agere, quousq; purificetur prædicta conditio, *si dominus voluerit*, ante cuius implemẽtum, no se puede dezir estar extinguido el derecho de el actor, *l. cedere diem, ff de verb sig.*

69 Verùm cum ab initio actus, vel contractus priuatus ille tertius tiene declarada su voluntad tacitè vel expresè, y el no querer quedar obligado, sino es sub conditione, y para en caso que verificetur conditio, tunc nullatenus necessita de nueua declaracion de animo, quia difficiente conditione ipso iure deficit consensus, *l. qui hæredi §. fin. ff. de condit. & demonstrat.* Doctores communiter *in l. si rem §. omnis. ff. de pig. actione*, Mantica *de coniect. vlt. vol. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 1. Cæsar Barcius *decis.* 81. *num,* 2. & contractus habetur pro non factus, *l. siquis ita hæres. ff. de condit. insti. l. pecuniam, ff. si certum pet.* & obligatio nunquam contracta intelligitur, *l. necessario* 8. *ff. de peri. & com. rei vendita*, que se exemplifica bien en el que promete, y se obliga de pagar aliquam quantitatem, quam fatetur mutuam recipisse, y aunque no lo exprese, subintelligitur conditio, *si numeretur pecunia*: porque la ley presume, que la confession de el recibo, y promesa de pagarlo est sub spe futuræ numerationis, y de aqui induze, que de tal suerte quiere obligarse desde luego el deudor a la paga, si se le contare el dinero, y con efecto se le entregare, vt habet communis Doctorum *in l. fin. C. de non num. pecu.* & in expreso probat textus in l. 27. tit. 11. p. 3. ibi: *Otro si dezimos que demandando alguno emprestido a otro si jurare antes que lo reciba, que lo pagarà afuzia, q̃ se lo darà aquel a quien el lo demanda, sino gelo diere, no es tenudo de lo cumplir, ca bien deuemos entender, que tal fue su intencion de el que juró, que lo pagaria a aquel plazo si gelo diessen:* latè Gutierrez de juram. confir. c. 27. p. 1. vbi num. 4. versi. secundo, & verissimo sic ait: *In casu d. l. fi. C. de non nu. pe, in actu ipso confessionis numeratæ pecuniæ deficit consensus, quia ita demum, ibi. debitor confessus est se recepisse, & obligatur ad soluendum si sibi numeretur, quia id facit spe futuræ numerationis, quia licet adfuit ab initio aliquis cõsensus, fuit tamen conditionalis si sequeretur numeratio qua conditione deficiente deficit etiam consensus:* Et exinde Barbos. *in d. l. si alienam num.* 67. *in fine*, securè afirmauit, q̃ la excepcion non numeratæ purè competit debitori ab initio, y no dependiente de el futuro consentimiento, o reprobacion de el deudor: y de esta calidad fue el consentimiento de don Gabriel, y contrato que hizo en razon de los dichos mayorazgos, porque desde el principio fue visto no querer quedar obligado, saliendole incierto el mayorazgo, que en virtud de la facultad Real su madre fundaua vt latè diximus supra.

Sin

70 Sin que sea necessario nueuo disensso, y reprobacion de don Gabriel, ni que lo aya reclamado en juizio, ni fuera de el, quinimò nunca pudo renunciar esta excepcion, y derecho adquirido tacita, ni expresamente en perjuizio de sus acreedores, *l. debitorum C. de pactis, toto tit ff. quæ in frauden.* falliti enim ipso iure priuantur administratione bonorum suorum, & sunt inhabiles ad velle, & nolle. Socinus *cons.* 78. *nu.* 2. *lib.* 4. Bald. *cons.* 249. *num.* 1. Straca *de decoct. p.* 3. *per tot.* Camillus de medicis *cons.* 99. *num.* 25. &cum nihil habeant in bonis de facili colludũt, *l.* 3. *in prin. ff. de testibus* Bald. *in l. tam mandatori n.* 27. *C. de non num. pecunia.*

71 Y los acreedores pueden oponerlo etiam contra la voluntad de dõ Gabriel, para lo qual es texto expresso, y que no deja lugar de dudar, potiùs enim ponit gladium ad radicem, vt aduersarius miserè succũbat, Iustinianus igitur *in l. si cui. C. de nõ num. pe.* apperte constituit, que pueden los acreedores, siue agant, siue conueniantur opponere aduersus tertios la excepcion non numeratæ pecuniæ, ibi: *Creditores eius (siue ipsi conueniantur, vtpote, res eius detinentes ab his, qui debita eius exigũt, cui competit huiusmodi exceptio, vel dotis, vel alterius causæ nomine, siue contra alios posidentes aliquam actionem ipsi mobeant) possunt in examinando negocio suis aduersarijs eandem non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere.* Y esto etiam debitore absente, vel presente, &supersedente prædicta exceptione vti, vt patet, ibi: *Etiam eo supersedente tali auxilio vti, vel præsente, vel absente.* Sin que cause perjuizio a los acreedores que su deudor nũca querellatus fuerit de non numerata pecunia, ibi: *Nec eo prohibeantur quod principalis debitor ea nunquam vsus sit.* Ay por ventura alguna diferencia de el caso de este texto a el de que vamos hablando? nulla profectò valeat igitur æquitas (vt inquit Cicero) quæ paribus in caussis paria iura desiderat: & vbi eadem est ratio, eadem sit iuris dispositio, *l. illud, ff. ad l. aqui.* y si por no constar de el entrego de el dinero prestado, pueden los acreedores oponer la excepcion non numeratæ pecuniæ, q̃ compete a su deudor contra otro tercero, concedasenos, q̃ por no auer tenido efecto el mayorazgo de la facultad Real (que fue lo que le obligó a don Gabriel a consentir el grauamen en sus legitimas] pueden sus acreedores oponer la excepcion, non ad implementi para excluir a don Iuan Francisco su hijo, que pide en virtud de el dicho consentimiento, y quiere estoruarles la cobrança de sus creditos: exceptio quippè non ad implementi est exceptio litis finitę, & impedit litis ingressum, Paulo de Castro *in l. Iullianus* §. *offerri num.* 6. *ff. de act. emp.* Craueta *cons.* 248. *num.* 6. Menoch. *cons.* 1. *num.* 365. Magonius *decis.* 21. *num.* 16. *& decis.* 25. *num.* 77. *& decis.* 61. *num.* 1. 10. *&* 11. & adeò fauorabilem dixit Achiles Pedrocha *cons.* 1. *num.* 237. cum Cæpha. & Craueta, quod iudex etiam parte non opponente ipsam supplere non prohibetur: sequitur Ramonius *cons.* 7. *num.* 28 &in correspectiuis implementum respectu vnius obligationis excludit aduersarium petentem virtute alterius obligationis correspectiuæ, quæ dicitur vnica, Gratianus alijs relatis *disceptatione* 853. *num.* 31. Y hablando en terminos de donacion quod ex causa non secuti implementi ipso iure reuocetur etiam si ita non sit conuentum, docuit Ant. Fauer *in C. lib.* 8. *tit.* 38. *diffinitione* 12. *& diffinit.* 14. donde afirma ius excipiendi, vel agendi ob implementum non secutum ad hæredes donantis transire, y dà la razon agudamente, scilicet quia hoc non est reuocare donationem,

sed

ſed reuocationem ipſo iure factam obijcere.

72 Quod autem deciſsio Imperatoris *in d.l.ſicui.* proceda vniuerſalmēte, in quocumque iure, vel actione competente debitori, fue doctrina de Paulo de Caſtro *in d.l.cum ſeruum C.de ſeruis fugi. Iſtud ergo*(ait Paulus*) non poteſt allegari niſi per ipſum dominum ad quod textus cum gloſ ſing. in l.his conſequenter in principio,ff.familiæ.herciſcun. niſi tertius qui opponeret mihi haberet cauſam ab ipſo domino directo, vel eſſet eius creditor, & haberet bona obligata, quia tunc poteſt etiā illo inuito de omni iure ſuo opponere, vt ſupra de non nu.pe l.ſi cui,* Cancerius lib.1.variar.cap.18.num.18. ibi*: Item licet opponere de iure tertij quando excipiens eſt creditor illius tertij,& in illius bonis ſe ius habere prætendit.* Y mejor in 2.p. cap. fi. num.128. dum ſic ait: *Hinc creditorem aduerſus alium creditorem in cauſa graduationis bonorum debitoris poſſe opponere exceptionem præſcriptionis ex multis decidit ſenatus apud Michaelem Ferrer. 3.p. obſ. cap. 324. per l.ſi cui.quæ eſt penult.C. de non numpecu.quæ licet loquatur in exceptione non numeratæ pecuniæ, habet tamen locum in qualibet exceptione peremptoria.* Y dà la razon Bald. *in d.l. ſi cui num.* 10. ſcilicet, que la excepcion non numeratæ pecuniæ adquiritur debitori in vtilitatem ſuorum creditorum, cum ipſis interſit, que ſu deudor no deua a otros para mejor cobrar ſus creditos, audi Baldum in hæc prorumpentem dicto num. 10. *Item oppono quod hac lex videtur dicere quod poſsit opponi de iure tertij contra id quod legitur,& notatur in l.1.& 2.ff. ſi ager veſtig.pet.ſol. quoddam eſt ius, quod eſt adquiſitium tertio ad vtilitatem eius tantum,& de illo iure non poteſt alius obijcere, vt in contrario,& ff.de pactis l.niſi & l.quod dictum: quoddam eſt ius quæſitum quoad vtilitatem multorū, tunc omnes hij quorum intereſt poſſunt obijcere non ſolum excipiendo, ſed replicando, vt hic*: & Baldum ſequntur Alex. & Paulus *in l. ille à quo §.ſi de teſtamento,ff.ad Trebelli.* Albanus *conſ.*64, *num.*3. Theſaurus *d.deciſ.*4 *nu.*7. Menoch.*conſ.*1. *num.*321. Surdus *deciſ.* 301. *num.* 15. Cornacarius *deciſ.* 23. Gratianus *diſcep.*715.*num.*26. Anton. Fauer *in C.lib.*8.*tit.*6. *diffi* 18. *& tit.*24.*diffi.*39.*num.*3. Iure igitur optimo contendunt los acreedores de don Gabriel, que como pudieran oponer la excepcion de non numerata pecunia contra don Iuan Franciſco ſi pidiera ex contractu mutui, le pueden oponer la de no cumplimiento, y ſubſiſtencia de el mayorazgo de la facultad Real, ſiquidem in vtroque æquale prætendunt,& conſiſtit intereſſe,& vnus,& idem eſt finis, ſcilicet, pecuniarum exactio.

73 Deinceps licet neceſſum eſſet, que no lo es, como queda con euidencia fundado, que don Gabriel huuiera declarado ſu animo, y voluntad, para que ſus acreedores pudieran valerſe de lo alegado en eſta tercera excepcion, verificado eſtà que lo tuuo, y ſignificò bien el no querer, que faltandole el vinculo de la facultad Real ſubſiſtieſe el de ſus legitimas; pues deſpues en diferentes tiempos vendiò, y obligô los bienes de ſus legitimas, declarando, y afirmando que eran libres coſa incompatible con el ſer, y querer que fueſſen vinculadas, aliàs neceſſum eſſet affirmare, que auia cometido tantos delitos como ventas, y obligaciones hizo, textus expreſſus *in l.*3.§. 1. *ff.de crimi. ſtellionat.* lo que no es de preſumir, *l.quoties §.qui dolo ff.de probat.l.meritò,ff. pro ſocio, l.*1.§ *.denique, ff. de aqua plu. arcen.* y antes ſe deue admitir otra qualquier contraria preſumpcion, vt relatis Gozadi. Craue. Ruino, & alijs docet Maſ. card. *de probat.concluſ.*814.*num.*3. & quælibet interpreta-

terpretatio admittenda quæ sit exclusiua delicti ex Menoch. *de præsump. lib. 5. præs. 3 num. 3.* y no es poco vrgente presuncion la que resulta in presenti de el mismo hecho, tan poderoso a explicar la voluntad como las mismas palabras, *l. de quibus, ff. de legibus,* con que se suele significar *cap. is autem 22. quæs. 2. in princ.* quia sicuti verba se habent, ita videtur animus se habere, Bald. *in l. si nō conuitij, C. de iniurijs.* latè Cæpola *de verborum sig. in Rubric. quæs. 7. num. 49.* Quinimo facto declarare plus est quam verbo, vt inquit Speculator, *tit. de oblig. §. fi. verb. item pone.* & alibi passim DD. ac consequenter insistimos muy bien en que don Gabriel siempre quiso que el vinculo de sus legitimas no subsistiesse: pues no se le cumplia el vinculo de la facultad Real, ni tenia efecto, por ser requisito necessario para que la venta que dè los vnos bienes hazia, y obligacion hipotecaria de los otros se sustentase, *l. ad rem mobilem, l. ad legatum, ff. de procurat. l. 2. ff. de iurisdictione omni. iudi.*

74 Y en terminos de emphiteusis es comū resolucion, que aunque para que el emphiteuta pierda su derecho, & res cadat in commissum ob pensionem non solutam, es necessario, que el señor directo lo quiera ansi: toda via es bastante explicacion de esta voluntad el hecho solo de hazer nueua concession de la mesma cosa a otro tercero: y la razon es, que para darla a otro es necessario, que el primero aya perdido su derecho, y como el perderlo depende de su voluntad, essa se presume ya por bastantemente explicada con el hecho de hazer nueua concession a diferente persona, plures laudat, & sequitur Barbos. *in d. l. si alienam num. 67. ff. soluto matri.* y fue de Felipe Corneo *cons. 115. lib. 1.* cuyo discurso sigo, ibi: *Maximè quia dictus Episcopus concedendo dictam rem emphiteuticam alteri videtur voluisse, quod res censeatur, & sic reuersa ad Ecclesiam quia faciendo actum censetur quis velle omne id, sine quo ille actus non posset sortiri effectum, l. ad rem mobilem & l. ad legatum ff. de procurat. l. 2. ff. de iurisdict. omni. iudic. & ideò attento quod non poterat alteri refirmare, si res non erat reuersa ad Episcopatum: ideò si dicta reuersio dependebat ab eius voluntate, censetur voluisse quòd esset reuersa.* Y en don Gabriel esta se ha de entender fue siempre la voluntad, por ser lo mas conueniente a su buena reputacion, quæ sapientissimi Salomonis testimonio multis diuitijs melior est. Et vt inquit Erasmus *in apopt. Bona existimatio pecunijs præstat, & honestius est fama quàm pecunia ditescere.* Y ajustado a su conciencia, pues primero es pagar lo que cada vno deue, que no tesaurizar para los hijos, ni buscar medios de defraudar a los acreedores de lo que tan justamente les deue pagar, porfiando contra tantas executorias, por dejar opulento mayorazgo a sus hijos: pues aunque su calidad es mucha no quedaràn mal acomodados con el mayorazgo de tercio y quinto, a q̄ no se haze resistencia. Y de presumir es, que quisiera sus legitimas libres sino fuera por defraudar a sus acreedores; y lo que don Gabriel no quisiera si se hallara libre de acreedores, no es justo que lo quiera, y pretenda por tenerlos, valiendose de el nombre de su hijo, vt inanes fiant creditorum actiones, *l. si & rem, & pretium, ff. de petitione hæredi, l. penult. C. de solut.* Craueta *cons. 497. num. 4.* Surdus *decis. 155. num. 13.* cui malo totis iuribus medendum esset cum vergat in dispendium reipublicæ, teste Cicerone *lib. 2. de officijs, circa finem,* quem, quia mirificè loquitur patienter exaudias dum sic ait: *Quamobrem ne sit æs alienum, quod reipublicæ noceat prouidendum est, quod multis rationibus caueri potest si hoc non fuerit,*

fuerit, vt locupletes suum perdant, debitores lucrentur alienum, nec enim vlla res vehementius rempublicam continet quam fides, quæ esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum. Nunquam enim vehementius actum est, quam me consule, ne soluerentur armis, & castris tentata res est ab omni genere hominum & ordine, quibus sic restiti, vt hoc tantum malum de republica tolleretur nunquam nec maius æs alienum fuit, nec melius, nec facilius dissolutum est: fraudandi enim spe sublata, soluendi necessitas consecuta est: Quid magis (omitto illud de suo cuique tribuendo) iuri naturali consonantius, quam fidem seruare nec ipsam fallere, *l. 1. de pactis, l. 1. de constit. pecuniæ?* Quam sine lege gentes olim colebant, vt tradit Ouidius *lib. 1. Metamorph.* ibi.

Sponte sua sine lege fidem rectumq; colebant.

Satis enim fidem fallit, qui vt fraudet creditores, bona sua alienat; vel sic disponit, vt suum consequi non valeant, æquissima enim est vox hæc; *Redde quod debes*, & ius gentium præsefert authore Seneca *lib. 3 de beneficijs*, & sacra pagina monet Ecclesiastices ca. 29. ibi: *Redde proximo in tempore suo, confirma verbo, & fideliter age cum illo.*

75 Grande fue el cuydado quo antiqui iuris conditores fauorecieron la libertad, y ninguna cosa lo fue tanto, *l. libertas. ff. de reg. iuris*, vbi variè illustrat Petrus Fauer, y sin embargo en llegando a ser en daño, y fraude delos acreedores manumittẽtis se limitarõ, anteponiẽdo la vtilidad, que resulta de que paguen los deudores, a el fauor de la libertad, licet aliàs reipublicæ interesse existimarent liberis hominibus abundare, *l. 1. ff. sol. matri.* & etiam hostibus augeri, vt inquit Cicero pro Cornelio Balbo, ibi: *Etiam hostibus recipiendis augeri hanc ciuitatem oportere*: y esta limitacion no tuuo otra razon, nisi quod fides maius est vinculum quo respublica retinetur ex rerum debitarum solutione maxima ex parte dependens ex Cicerone vbi proximè, ibi: *Nec enim vlla res vehementius rempublicam continet, quam fides, quæ esse nulla potest nisi erit necessaria solutio rerum creditarum*, dixi ego Latiùs *in tract. de manumissionibus 3. p. num. 32. & 33.*

76 Et deniq; cum reipublicæ expediat plures esse qui egentibus mutuent, vt inquit Bald. *in l. 1. col. 3. C. de summa, trinit. & fide Catho & cons. 433. lib. 1. & cap. 1. col. 1. de iure iurando*, debitorum perfidia deterret ipsos à mutuando quoniam fidem solutione non præstant, y lo que pidieron con muchas sumisiones voz baxa, y besamanos llegado el plazo dilatan la paga, y hablan con enfado, y si pagan no es por entero, y sino consiguen quedarse con ello, se dan por enemigos de el que los socorriò en sus necessidades; quod serio, & grauiter damnatur Ecclesiastices cap. 29. ibi: *Multi quasi inuentionem æstimauerunt fœnus, & præstiterunt molestiam, his qui se adiuuerunt donec accipiant osculantur manus dantis, & in promissionibus humiliant vocem suam, & in tempore redditionis postulabant tempus, & loquentur verba tædij, & murmurationem, & tempus causabitur; si autem potuerit reddere, aduersabitur: solidi vix reddet dimidium, & reputabit illud quasi inuentionem, sin autem fraudabit illum pecunia sua, & possidebit illũ inimicum gratis, & conuitia, & maledicta reddet illi, & pro honore, & beneficio reddet illi contumeliam*, apprimè licet paucis Augustinus sermone 3. in Mattheum, ibi: *Quum quæris cuides vnde crescat pecunia tua, hominem quæris quando accipit, gaudet: quando reddit, plorat; vt accipiat, precatur, ne reddat, calumniatur:* Tam antigua es in ære alieno soluendo perfidia, plenius dixit Anneus Robert. *rerum iudi. lib. 2. cap. 6.*

77 Et ex prædictis queda desuanecida la ponderacion que los Abogados

dos de don Iuan Francisco hazen en el §. fin. de esta tercera respuesta en quanto a la legitima materna de don Gabriel: porque aunque se cõfiessa que pudo consentir el grauamen en perjuizio de sus hijos, y de sus acreedores, y que quando no lo huuiera consentido no pudieran sus hijos, ni acreedores querelar la disposicion de su madre, no auiendo primero don Gabriel intentado y preparado la querela, no estamos en ninguno de essos casos, sino en muy diferente, videlicet, de auer consentido el grauamen, no absolutamente, sino sub conditione de q̃ le fuesse cierto el vinculo que se fũdaua en virtud de la facultad Real de las legitimas de los demas sus hermanos, porque esto obra la correspectiuidad: y auiendole salido incierto el vinculo de la facultad, no ay necessidad de querelar ni aun a don Gabriel le compitiera tal remedio, por auerse puesto el grauamen de su consentimiento. Bartol. *in l. 1. §. qui habebat, q. 4. num. 6. in fin. ff. de bonorum posse. contra tabulas, & in l. cum quis in principio ff. de legatis 3. num. 2.* ibi: *Et consensus operatur vt remoueatur ab acusatione, vel querella.* Iaff. Ruinus, Rolandus, & alij, quos cumulat, & sequitur Menoch. *cons. 71. num.* Gratianus *discept. 247. num. 38* & probat mihi textus apertus *in l. non putauit, §. si quis sua manu, ff. de bonor. poss. contra tab.* Ni ay para que tratar de si lo pudo consentir, pues el poder importa poco, si falta la voluntad, *l. cum te:* & ibi Baldus *C. de donat. ante nup. cap. cum super Abbatia in fine de officio deleg.* Surdus *decis. 62. n. 19. & decis. 243. num. 9.* o la condicion y calidad que tuuo la voluntad, *l. necessario 8. ff. de periculo, & cõmodo rei venditæ*, cum vulgatis. Quapropter el remedio solo fue y es oponer de el defecto de la condicion, y nulidad del vinculo, por cuyo respecto prestó el consentimiento, que es lo que alegan, y de que se valen Alonso Lopez de Leon, y los demas acreedores de don Gabriel. Igitur omnia, quæ de querella comminiscuntur aduersarij ociosè dicuntur.

TERTIA EXCEPTIO.

Que el vinculo de las legitimas paterna, y materna sobre que oy se litiga, lo pudo reuocar tacita, o expressamente don Gabriel, y que con efecto lo reuocò.

78 LOS acreedores de don Gabriel en este articulo, y pretension de don Iuan Francisco, sobre que se sustente el vinculo de las legitimas paterna, y materna, son reos, y como tales pueden vsar de diferentes defensas, aun en caso negado que tuuierã alguna opugnãcia y contradicion, *l. nemo, ff. de except.* por lo qual opoñen por tercera excepcion que quando el consentimiento, que en el grauamen prestô don Gabriel huuiesse sido absoluto, y no correspectiuo, por el fue visto fundar vinculo de sus legitimas, y le quadra muy biẽ el nombre y sustãcia de fundador, e instituidor vinculante; quilibet enim actus consentiẽti, non verò ordinanti, tribuitur. De quo latè el señor Valençuela Velazquez *cons. 63. à num. 65.* Y hablando en nuestros proprios terminos de hijo que consiente a su padre que constituya vinculo de sus legitimas, que sea visto ser el instituidor, y vinculante el mesmo hijo, que consintio: securè affirmauit Ant. de Gama *decis. 218. num. 4.* ibi: *Et sic dicebat hunc Smeragdum Iuniorem, & fratrem eius ratione consensus fundatores esse maioratus, qui enim consensit videtur constituere.*

Pon-

79 Y aunque Flores Diaz de Mena alargô mas el discurso in additionibus ad prædictam decisionem *sup.num.*4 y despues de auerla loado, distinguiò quatro casos, que se reducen a tres en el efecto. El primero, quando el hijo repudió la herencia auiendo consentido el grauamen, y vinculo hecho por su padre de su legitima. El segundo, quando el hijo aprobò el grauamen, y despues acetò la herencia. El tercero, quando el hijo primero aceptó la herencia, y despues tacita, o expressamente consintio el grauamen de mayorazgo puesto en su legitima. En los dos casos primeros securè affirmat, que no procede la opinion de Gama. Y en el tercero, distingue entre los acreedores, que el hijo tenia al tiempo que consintio el grauamen, y los que causó despues del consentimiento tacito, o expresso: y dize, que respecto de los acreedores anteriores, el hijo es visto fundar el mayorazgo, y por el consiguiente tendran derecho para ser pagados de los mesmos bienes de la legitima vinculada; mas respecto de los posteriores del dicho consentimiẽto, y aprobacion siente lo contrario, y reprueba la opinion de Gama.

80 Verùm, para discurrir sobre la certeza de la opinion de Flores Diaz de Mena, y aplicarla a nuestros terminos, es necessario presuponer, q̃ las legitimas paterna, y materna, que consintio don Gabriel, le grauasse su madre, sugetandolas a vinculo y mayorazgo, tenian diferentes estados, porque la legitima paterna por muerte de su padre, le estaua ya deferida, y la legitima materna por estar viua la madre, no estaua deferida. Y tambien se supone por llano, que don Gabriel tenia aceptada, y adquirida la herencia de su padre, vt patet in fundationis instrumento, ibi: *Primeramente con condicion que con esta dicha institucion de mayorazgo y bienes de el, entra y se comprehende la ligitima y herencia ya a vos el dicho mi hijo adquirida de el dicho Fernando de Torres vuestro padre.* Y quando no la huuiera aceptado, bastara por aceptacion el auer incorporado en el mayorazgo sus legitimas: porque como parece por la sexta y vltima clausula referida en el presupuesto 12. de el informe de don Iuan Francisco, expressamente don Gabriel dixo, que renunciaua, cedia, y traspassaua en el mayorazgo, y por bienes de el sus legitimas paterna y materna, ibi: *Y a mayor abundamiento las rennncio, cedo, y traspasso en este mayorazgo por bienes de el*: Nam nisi adita hæreditate huiusmodi cessio non valeret, *l.si auia, C.de iure delib. l.illud, l.gerit, ff.de adq.hæredi.* Mascardus multis relatis *de prob.lib.1.conclu.44.num.1.* apprimè P. Thom. Sanchez *de matri. lib. 6.disp. 4.à num. 17.* Et renunciando videtur adire, *l.rem mobilem, l.ad legatum, ff.de procurat.* Est enim maxima differentia inter renunciare, & repudiare hæreditatem; nam renunciando aditur, non verò repudiando, vt declarat Paulus de Castro *in l. actionem, C.de pactis, l.pactum, quod dotali, C.de collat.* Et consulit Socinus *cons.54.lib.4.* Baeça *de non meliorandis, cap. 10.num.108.* Gutierrez *in cap. quamuis de pactis, lib.6.in principio, num.29.*

81 His sic præsuppositis, y atento a el diferente estado que tenian las legitimas por lo que toca a la paterna, parece llano, que no estamos en el primero, ni segundo caso de la distincion de Flores Diaz de Mena, sino tan solamente en el tercero, que es quando el hijo auiendo aceptado la herencia, consiente tacita, o expressamente el vinculo de mayorazgo en sus legitimas: y en este caso, nisi me mea fallit opinio, apertè

fallitur

fallitur Flores en la distincion que haze entre acreedores anteriores a el consentimiento, y posteriores, & affirmandum constituo quod tam respectu anteriorum, quam posteriorum maioratus iudicari debet, perinde, ac si filius consentiens maioratum instituisset: porque el que consiente en la donacion de sus propios bienes fecha por otro tercero, es visto que el los dona, y enagena, *l. seruus 38. §. 1. ff. de donat. inter vir. l. 2. C. si aduersus vendit.* Bart. expressè in l. quæ dotis 34. ff. sol. matr. num. 15. Baldus, & Ias. per textum, ibi in l. si liqueat, C. de inoffi. donati donde aduierte Bald. que la insinuacion de esta donacion se deue hazer tanquã factæ non quidem à donante, sed à consentiente domino, secuntur Alber. Brunus in Reporto. *statut.* verbo *insinuatio*, versi. *statutum dicit quod donatio,* Aretinus *cons.* 127. *col.* 2. Additionatores ad Moliñam *de primog. lib. 2. cap. 2. num. 7.* Tiraq. *in l. si vnquam* verbo *donatione Larguitus num.* 394. *& in ll. connu. l. 16. verbo* contracter. *glos. 5 n.* 149. Y esto no por ficcion, sino verè & propriè, *l. in ædibus* §. 2. *ff. de donat.* ibi: *Quod filius familias patris iussu, aut voluntate donauit perinde est ac si pater ipse donauerit.* Tiraquelus post Bald. quem allegat, *vbi proxime num.* 250 ibi: *Et ita quidem vt ipse id propriè facere censeatur, ac si ipse faceret, cum sit dominus rei,* & *à num.* 346. *& d. glos. 5. num.* 150. concluye que la disposicion de la *l. si vnquam*, que và interpretando tiene tambien lugar, y se deue practicar en el que consiente que otro haga donacion de sus bienes, como en el que derechamente la haze. Y libertando el hijo a el esclauo de su padre, ipso patre consentiente, es lo mesmo que si el padre le diera la libertad, *l. pater 22 ff. de manu vindicta*, ibi: *Cæterum ipse manumittit.* Y siendo ansi quod ex manumissione ius patronatus adquiritur manumittenti vt sunt iura vulgata, quæ cumulat Ant. Pichar. *instit. de sucess. libertor. in Rubrica* en la especie propuesta no a el hijo que manumite, sino a el padre que lo consiente se le adquiere el derecho de patronazgo, *l. si consentiente 16. ff. de manumissionibus, l. nepos. 22. ff eod* y cõ ser necessaria causa legitima, para que el menor de veynte años pueda dar libertad, §. *eadem lege inst. qui & ex quibus causis manumit. toto fere tit. ff. de manumissis vindicta,* dixi late *in tractatu de manumissionibus 2. p. num.* 59. & de ratione vltra alios *à num.* 64. *vsq; num.* 68. en este caso no se requiere, *& vacat causæ probatio ob patris consensum* verba sunt Modestini *in d. l. consentiente ff. de manumiss.* ac perconsequens aunque sea valido el mayorazgo propter consensum filij, non tamen patris, vel matris erit maioratus, sed filij, cuius consensu, & voluntate factus fuit, ad instar filij seruum patris manumittentis, de quo affirmat Papinianus *in d. l. si consentiente,* quod patris fit libertus, dunc si ait: *Si consentiente patre filius minor annis vigenti seruum eius manumisserit patris faciet libertũ,* & apertius repetit *in d. l. nepos.* 22. ibi: *Sed manumissus patris, vel aui libertus est.* Donde notò que Papiniano habló por verba propietatem non fictionem significantia: verbum enim *est*, *vel facit* propietatem denotant glos. *in l. siue posidetis, C. de probat.* Bart. *in l. si maritus,* §. 1. *ff. de adulterijs,* & alibi passim Doctores. Amplius igitur dubitandum non erit, que el mayorazgo hecho de la legitima de el hijo ya adquirida, y hecha su propio patrimonio, es mayorazgo de el hijo verè, & propiè: y que no se le puede negar la facultad, y poderio que por derecho tiene qualquier fundador de Mayorazgo.

82 Nec remorantur ad sic sentiendum quas in corrobarationem opinionis suæ rationes cumulat Flores Diaz, quibus sigillatim respõsum præbere conabor. Primo mouetur Flores Diaz ex eo, quod pater, qui fundauit maioratum, lo fundò de sus bienes, y como mayorazgo suyo, y no de su hijo: por lo qual patris maioratus iudicari debet, adeò vt filius consentiens eũ reuocare non posit, à exẽplo de el que dispone, o testa de los bienes agenos ex consensu domini, que despues de muerto el testador no puede su disposicion reuocarse à domino consentiente.

83 Sed non video, qua ratione procedat argumentum, porque si el padre funda mayorazgo de sus bienes, para quando la legitima estè defe rida, y adquirida a el hijo, no se puede negar que es in tempus inhabile, y para quando ya no tiene dominio en ellos, & ipso iure rejicitur grauamẽ de legitima, *l. quoniam in prioribus, ff. de inoffi. test.* paria quippè sunt aliquid fieri tempore prohibito, vel conferri in tempus prohibitum, *l. quod sponsæ, C. de donat. ante nup.* & è contra, *l. in tempus, ff. de hæredibus insti.* & ratione executionis in tempus prohibitum collatæ totus actus vitiatur, vt benè Baldus notauit *in d. l. quod sponsæ num.* 1. y si ha de tener subsistencia, ha de ser mediante el consentimiento de el hijo, á quo vires accipit, & substantiam, Baldus *in l. fin. §. necessitate num.* 16. *C. de bonis quæ liberis, & in l. 1. nu.* 45. *C. qui admitti.* Menochius *de præsump. lib. 6 præsuntione* 34. *nu.* 12. *&* 13. Gonzalez *ad reg.* 8. *Canchalleriæ glos.* 47. *num.* 14. illud enim dicitur de substantia alicuius actus, sine quo actus ille existere non potest, *l. pacta conuenta, ff. de contrah. emp.* iuncto *§. pretiũ inst. de empt. & venditione,* ac perconsequens es fuerça confessar que el hijo que lo consiente le dà el ser de mayorazgo, *l. Iulianus, ff. ad exhibendum*, y desde entonces tiene el ser de Mayorazgo, dirán muy bien los acreedores anteriores a el consentimiento que en su perjuizio no puede consentir grauamen en la legitima que adquirio libre, ex reg. *textus in l. id quod nostrum, ff. de reg. iuris,* vbi Cagnolus varijs iuribus, & exemplis exhornat, textus velut expressus *in l. fin. ff. de pactis.* Y los posteriores diràn, que aunque lo pudo consentir, y con esso constituirlo en ser de mayorazgo, todauia le quedô libertad para reuocarlo, no auiendo vno de los tres casos de la l. 44. de Toro, de quo infra latiùs num. 88.

84 Verùm hæc omnia ex abundanti diximus, porque su madre de don Gabriel, por lo que toca a los bienes de la legitima paterna, ni dispuso, ~~ni pudo~~ disponer, como de bienes propios, siendo como era propio patrimonio de don Gabriel, mediante el auer aceptado la herencia de su padre ya difunto, *l. 1. §. præterea, ff. de separatione bonorum, l. sed si plures § si filio, ff. de vulg. l. 1. §. veteres, ff. de adq. possessione,* Caldas *de iure emphi.* 3. *p. de potest. elig. cap.* 16. *num.* 38. *in fine,* & passim Interpretes. Por lo qual cessa el argumento de Flores Diaz de Mena, y es fuerça confessar, que quien fundó el mayorazgo de la legitima paterna, verè & propiè fue don Gabriel ex latè dictis à num. 81. quibus adde Baldum *in l. si vt proponis, C. de seruo pignori dato manumisso*: donde distingue entre el señor de la cosa, y el que tiene algun derecho a ella, vt ille consentiens alienationi, seu donationi propié faciat, iste veró non, sed tantum non impedit alterum facere: sic enim ait Baldus, *multum enim refert an consentiens*

sit

sit dominus, & tunc propriè facit, vt in dicta l. si fundus, an non sit dominus: & tūc non facit, sed non impedit, id est quandam obstantiam de medio tollit. Sequuntur Tiraq *in ll. con. lege* 16. *verb. contracter, gloss.* 5. *num.* 150. Gonzalez *in reg.* 8. *gloss.* 47. *num.* 19.

85 Secundò mouetur Flores Diaz ex eo, quod licet los bienes sean propriamente de el hijo, consintiendo el grauamen de vinculo, y mayorazgo in bonis legitimæ videtur donare patri inter viuos, para que disponga de ellos a su voluntad: ac perconsequens iudicari debet patris integra dispositio, en cuyo perjuizio el hijo no puede cōtraer deudas, que se deban pagar de los bienes vinculados.

86 Sed nihilminus corrobora la opinion de Flores Diaz, porque es falso el supuesto que haze, de que consintiendo el hijo que su padre le graue la legitima, es visto hazerle donacion de ella, y deuiera fundar esto, y no hablar sin texto, ni doctrina: erubescat igitur, y con mayor razō, pues no solamente habla sin ley, verùm contra ley que dispone lo contrario, y que no por consentir, que otro disponga de mis bienes, se induce donacion, que de ellos sea visto hazerle: porque si consiento, que hypoteque, aunque vale la hypoteca mero iure, toda via tengo acciō, vt pignus luat & rem liberam mihi restituat, *l. si vt certo, §. nunc videndū, ff. commodati.* Y si consiento vendenti rem meam, licet valet venditio, adhuc pretium, quod habuit, ab eo repetere possum, *l. mater, C. de rei vēdicatione, l. si fundum per fidei commissum, ff. de leg.* vbi Bart. & Barbos. *in l. quæ dotis à num.* 140. *ff. solut. matri.* quod si consentio donanti rem meam, no son dos donaciones, sino vna que yo hago, no a el que verbo tenus donat, sino a el donatario, en cuyo fauor se haze la donacion, vt bene Bart. *in d. l. quæ dotis, num.* 15. per ea, quæ diximus latè supra à num. 81. Remanet igitur firmum, que don Gabriel fue el verdadero vinculante de su legitima paterna, ansi respecto de los acreedores anteriores, como de los posteriores a el consentimiento, y escriptura que sobre ello otorgò.

87 Sed quid dicendum de legitima materna? Campus erat latus differendi, sed sistat oratio, ne in superfluis tempus conteratur: porque como fundarèmos en la quarta excepciō, don Gabriel acepte, o no acepte la herencia de doña Francisca de la Serna su madre, no puede lleuar bienes algunos por razon de legitima materna: y si algunos lleuare, serà pagados todos los acreedores, a que se obligò su madre, vno de los quales es Alonso Lopez de Leon, que pagado, no tiene interes de que se juzgue por vinculada, o no la legitima materna.

88 De todo lo que emos dicho à num. 78. es legitima sequela, que don Gabriel pudo reuocar el mayorazgo de su legitima paterna como verdadero y proprio instituidor, de quien habla la *l.* 44. *de Toro,* que oy es *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5. *nouæ Recop.* y a quien concede libre facultad para despues de instituido el mayorazgo reuocadolo en todo, o en parte, vt contra Peraltā concludit Molina *de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 1. Auendaño *in d. l.* 44. *gloss.* 6. *num.* 2. no dandose en la fundacion vno de los tres casos que exceptua, o de sus semejantes: ninguno de los quales concurriò con el consentimiento que prestò don Gabriel. Y aunque mediante la correspectiuidad de que dejamos largamente tratado en la segunda excepcion es bastante para que se diga que lo fundò por causa onerosa con otro tercero, videlicet, su madre, esta correspectiuidad la niegan

los

los Abogados contrarios: por lo qual es preciso, o que confiessen, que el vinculo que hizo de sus legitimas D. Gabriel, no fue por causa onerosa, o que fue correspectiuo del vinculo, que se fundaua en virtud de la facultad Real: y qualquiera de estas cosas que digan habebimus intentum, & vt ait proberbium, *incident in Scyllam cupientes euitare Charybdem.*

89 Y que lo reuocase con efecto se verifica bien con auer impuesto tantos tributos, como desde luego impuso sobre los mesmos bienes, e hypotecas, ansi especiales, como generales, que de ellos hizo juntamente con su madre, porque este hecho se tiene por bastante para expression de la voluntad de reuocar el mayorazgo, o donacion quando por su naturaleza son reuocables: porque como actus reuocationis depen det ab animo donantis Surdus *de alimentis tit.* 1. *quæs.* 48. *nu.* 48. Mieres *de maiorat. p.* 1. *quæs.* 43. *num.* 59. y este se declara bien no solo con palabras, sino tambien con el hecho, *l. Paulus. ff. rem ratem hab. l* 1. *& l.* 18. *tit.* 6. *p.* 6. y aun es mas eficaz que las palabras, *l. si tamen, §. ei qui,* vbi Cæpholla. *ff. de ædilitio adicto,* Bald. *conf.* 8. *lib.* 1. *& in l. non ignorat, C. qui accusare,* Auendaño *in l.* 44. *Tauri glos.* 6. *nu.* 4. Mieres *de maiorat. p.* 1. *quæs.* 36. *nu.* 41. Tellus *in l.* 17. *Tauri n.* 117. Fontanell. *de pactis nup. claus.* 4. *glos.* 18. *p.* 2. *n.* 33. *&* 34. ninguno puede ser mas significatiuo de el animo, y voluntad reuocatoria, que el enagenar los mesmos bienes voluntariamente, argumento textus *in l. rem legatam, ff. de adimend. leg.* secus si in voluntarie *l. fidei commissa, §. si rem, ff. de leg.* 3. *l.* 17. *tit.* 9. *p.* 6. y hablando en donacion causa mortis docuit Dynus *in l. Stichus, qui meus erit, ff. de leg.* 1. Bart. Bald. & alij ibid. Tellus *in l.* 17. *Tauri, num.* 117. Mieres *de maiorat. p.* 1. *q.* 43. *num.* 72. Caldas *de iure emphi.* 3. *p. de potest. elig. num.* 37. *in fine.* Donde afirma que el nombramiento fecho para suceder en vna de las vidas de la emphiteusis, tacitè censetur reuocatum ex alienatione voluntaria. Gratianus *discep.* 251. *num.* 32. quippè omnia, quæ in legatis statuta sunt, & in donatione causa mortis locum habere probat textus *in l. illud, ff. de donat. causa mortis*; y con ser el precario contrato entre viuos, licet ad libitum concedentis reuocabilis, adhuc ex alienatione voluntaria reuocatur, textus &, ibi: glos. *in l. quæsitum, §. illud. ff. de precario,* Socinus notanter *in l. siquis antea conduxit nu.* 16. *ff. de adq possessione,* Tellus *in d. l.* 17. *num.* 119. Y en propios terminos de mayorazgo secure defendit Mieres *d. quæs.* 43. *num.* 70.

90 Y lo mesmo obra hipotecar, o empeñar especialmẽte los bienes, arg. *textus in l. cum hic status, §. si maritus, ff. de donat. inter vi. l. si maritus, l.* 2. *C. eod. tit.* tradit Rebufus *tom.* 2. *ad consti. Reg. tit. de consti. redditum art.* 1. *glos.* 14. *num.* 6. in expresso Mieres *d. quæs.* 43. *num.* 111. Y aunque lo limita, vt solùm procedat quando la obligacion, e hipoteca se hizo por tanta cantidad quod non sit spes luitionis *argumento textus in l. qui habebat in principio, ff. de leg.* 3. cum resolutis per Bart. *in d. l. rem legatam in fi.* Gratianus, & Caldas vbi supra ille *num.* 44. *&* 46. iste *num.* 38. bien podemos passar con la limitacion, pues don Gabriel, y su madre con tanto exceso causaron debitos desde luego que otorgarõ la escritura de mayorazgo de el año de nueue, que no tienen bienes en todos quantos vincularon para pagar la mitad de las deudas de especial hipoteca.

91 No menos significatiuo de la voluntad de reuocar es el acto de imponer censos, o tributos sobre los mesmos bienes, como lo notó Angulo

gulo *de meliorat.l.1.glos.4.num.32.* y Auendaño *de censibus cap.62.nu.4. versi. sin verò,* y que prohibida la enagenacion, se tenga por prohibida la imposicion de censo, o tributo, docuit Balb.*in cap.1.§.1.tit. per quos fiat inuestitura num.2. & 3.* Paulus Æmilius *decis. 17.lib.1.* Mastrillus ad Petrum Greg.*de censibus quæs.9.num.31.arg.l.fin.C.de reb.ali.non alien.*

92 Sin que obste que sin embargo de la imposicion adhuc imponens censum remanet dominus bonorum: pues vemos que aunque el que hipoteca sus bienes, especialmente remanet dominus, todauia basta para que se aya por reuocada la donacion, *d.l.cum hic status §.si maritus,* vbi Iurisconsultus *si maritus* (ait) *ea quæ donauerit, pignori dederit: vtiq. eum pœnituisse dicemus, licet dominium retinuit,* y aora la imposicon de el tributo se tenga por venta, como quiso el señor Presidente Cobar. *lib.3.variar cap.7.n.1.* ex qua deberi gabellam Gutierrez docuit cum alijs *tractatu de gabellis quæs.54.& 55.*Parlad. Molina Theologus, & alij relati per Auendaño *de censibus cap.17.num. 1.* aora por hipoteca, como dixeron Speculator *in tit.de locato, §.nunc aliqua, versi.36. & 96.* secũtur Castellus *in l.74.Tauri.* Auendaño *responso 12.* alter Auendaño *de censibus d.cap.17.num.21.* todauia es bastante para verificacion de la voluntad de reuocar, como se prueba bien claro ex Imperatoris rescripto *in d.l si maritus, C.de donat.inter. Si maritus* (inquit) *tuus creditores sortitus post factam in te donationem fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas, ijsdẽ specialiter obligauit, eandem obligationem defensionis tuæ firmitatem interrumpere intelligere debes, cum sit manifestum non solùm huiusmodi obligatione, sed etiam donatione, vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis reuocatam esse à viro in mulierem factam donationem,* por la incompatiuilidad q̃ tienen estos actos con la consistencia de la donacion, o mayorazgo: & inter incompatibilia regulare est, quod positio vnius inducit renunciationem alterius, *l.similiter, §.fin.ff.quod metus causa, l.hæc verba, ff.de verborum significatio.l. sicui legatum ff.de condit.& demonstr.*Menoch.*cons.196.* mayormente para excluir el delito que fuera, que siendo bienes vinculados, y queriendolos dejar por tales, los vendiera, o hipotecara, o impusiera tributo sobre ellos como si fueran libres, engañando a el comprador, o acreedor, *l.3.ff.de crimine stelli.in principio, l.7.tit.16 p.7. l.2.tit.15.lib.5.recop.* Felicianus de censibus *in proemio num.29.in fine.*

93 Y porque no parezca el discurso singular entre otros que lo hizieron, antes solo referirè a Corneo qui satis ad rem cons. 225. num. 2. lib.2.in hunc modum raciocinatur. *Talis enim descriptio non vi debatur posse fieri nisi de re communi, & consequenter erit ex illo actu iudicanda societas ex qua causetur communio cum non videatur, quod actus ille potuerit licitè fieri citra ius societatis, ergo societas censetur contracta, arg. l. pro hærede, ff.de adq. heredi. & l.societatem coire, ff.pro socio. & per Bart.in l.Titium, & Meuium §. altero.ff.de administr.tutorum.per Bald.in l.si patruus, C.communia vtriusq. iuditij in l.1.C.de test.in l.cum oportet in principio, C, de bonis quæ lib. Nec videtur interpretandus actus illicite celebratus in fraudem scilicet reipublicæ, arg. l. merito.ff.pro socio, & l.quoties, §.qui dolo, & argu.l.omnimodo, C.de inoffi.test. cum similibus: iudicetur ergo potius illam descriptionem factam in communi catastro animo, & intentione vt sint bona communia, & ratione societatis, & sic licite potius, quam animo fraudandi suam communitatem gratia scilicet soluendi pautiores collectas seu alia onera.* Hactenus Corneus, que no pudo mejor apoyar nuestro intento, para que precisamente se confiesse que el

animo

animo de don Gabriel, y su madre fue de reuocar los mayorazgos que auian fundado cada vno por lo que le tocaua. Hæc igitur, cum in tuto sint, ad alia transgrediamur.

QVARTA ET VLTIMA EXCEPTIO.

Que quando se sustente el vinculo de las legitimas, que no parece possible se deue hazer la computaci on, por lo que toca a la legitima materna, conforme a los bienes que dejò doña Francisca de la Serna, a el tiempo de su muerte pagados todos sus acreedores, vno de los quales fue Alonso Lopez de Leon.

94 NO es negable que aunque en vida doña Francisca entregasse bienes a don Gabriel su hijo por quenta de la legitima materna, que despues de su muerte huuiesse de auer, todauia quedô sugeto a que la liquidacion de esta legitima se huuiesse de hazer despues de la muerte de su madre, ajustandola conforme a los bienes, que huuiesse dejado a el tiempo de su muerte pagadas todas las deudas, hasta entonces cōtraidas, *l. cum quæritur, C. de inoffi. test. auth. nouissima, C. eod. tit.* Ias. *in l. quod seruius ad fi. ff. de condictione causs. datta. & in d. aut. nouissima, n.* 10. vbi testatur de communi. Cobarr. *in cap. Raynuncius de testam. §, 1. n.* 8. Matienzo *in l. 3. glos. 4. num. 1. & in l. 7. glos. 2. num. 3. tit. 6. lib. 5. recop.* Cancerius *lib. 1. vari. cap. 3. num. 25.* Gratianus *discep. 134. num. 24.* Porque la legitima est quota bonorum, *l. Papinianus, §. quarta autē. ff. de inoffi. test. l. quoties, C. de hæredibus insti.* vbi Baldus dixit communem, Alex. *in l. in omnibus, §. si patronus, ff. ad Trebelli.* Tellus *in l. 23. Tauri num. 2.* y aunque se puede asignar en vida. *l. cum quo de peculio, §. fi. ff. ad leg. falcid.* vbi notat Paulus de Castro, Bart. *in l. 1. §. si parens, ff. siquis à parente fuerit manu.* Matienzo multis relatis *in d. l. 7. glos. 2. num. 5.* Gratianus *discep. 470. nu. 31.* Todauia para su liquidacion attenditur tempus mortis, & non assignationis, aunque los bienes entregados in rationē legitimæ igualen a lo que pudiera montar, si entonces muriera el padre, o madre, *l. si quando, §. 1. C. de inoffi. test.* Baldus *in l. pactū quod dotali, C. de pactis,* Cobb. *in cap. quamuis pactum 3. p. §. 1. num. 2. de pactis lib. 6.* Rodericus Suarez *in l. quoniam in prioribus amp. 9. C. de inoff. test.* dixit veriorem, & magis communiter receptū Matienzo *in d. l. 7. glos. 2. nu. 6. in fine,* & vulgatam conclusionem appellat Michael Crasus *de succesionibus, §. legitima quæs. 11.* & ineuitabiliter firmari dixit Cæsar Bartius *decis. 102. num. fi.* sequitur Cancerius *d, cap, 3. num. 25.* y por lo que participa de succesion vniuersal, siempre tiene respecto a el tiempo de la muerte, vt prænotat Cæphalus multis relatis *cons. 320. num. 36.* Ruinus *cons. 36. num. 14. volu. 2.* Natta *cons. 156. num. 6.* Cæsar Bartius *decis. 102. num. 35.* Gratianus *disceptione 178. num. 5.* ni repudiada la herencia se puede pedir legitima, vt abunde scribunt Cyn, Alberi, Bald, Ange. Salicetus, Alex. & Corneus *in l. hæres, C. de impu. & alijs substi.* Caldas *de iure emph. 3. p. de pot. elig. num. 50.*

95 Y como quiera que bona non dicuntur nisi ære alieno deducto, *l. subsignatum, §. bona, ff. de verborum significatio. l. mulier bona, ff de iure dotium,* auiendo de ser quota bonorum es fuerça que sea de los que quedarē sacadas y pagadas todas las deudas, Aflictis *decis. 161.* Bertran. *d. cons. 354. vol. 1. & cons. 365. vol. 3.* Parisius *cons 37. vol. 3.* Tellus *in d. l. 23. Tauri num. 2. in fi.* Matienzo *in d. glos. 2. num, 2.* y en el *num. 6.* secure affirmat

que

que si a el tiempo de la muerte se hallaren disminuidos los bienes de el padre, de cuius succesione agitur, los otros hijos podràn repetir el excesso, sic enim ait Matienzo. *Secundo infero quod quemadmodum in legitima consideratur tempus mortis adq; ideò, licet filio in vita patris fuerit assignata, si tamen bona aucta fuerint, posit petere supplementum, vel si diminuta possint fratres petere residuum, vt in l. si quando, §. 1. C. de inoff. test.* y mejor lo dixo Paulo de Castro *in l. in ratione la 2. num. 5. ff. ad leg. falcidiam*, ibi: *Quid si in vita assignauit expresse, dicẽdo quod fieri potest, vt cõmuniter tenetur per l. cũ quo in fi. infra eod. viuo patre augetur patrimoniũ, filius post mortẽ patris nõ stat contentus de eo quod habuit, sed vult suppleri secundum quantitatem, quæ erat tẽpore mortis. Istam quæst. Bald. mouet in l. quãuis, C. de fideicom. secundũ Iac. Bu. & videtur tenere, quod non posit petere, quia si esset diminu. non posset pater repetere tamq; plus dederit, ergo nec econuerso debet posse petere. Breuiter: si filius fecisset patri fidem, & promissionem de non petendo plus cum iuramento, puto verum quod ipsi dicunt, aliàs videtur, quod possit repeti quatenus vltra habuit, si assignatio fuit facta pro legitima, non iure donationis, quia videtur collata in tempus mortis, & sic pro eo quod tempore mortis debebitur, ad hoc de bo. lib. l. si verò, §. si seruo, vers. cæterùm, ibi: quia potest dicere sperasse.* Sequitur Corneus *d. cap. 3. num. 25.* Gratianus *disceptatione 247. num. 54.* El señor Luis de Molina *de primog. lib. 4. cap. 2. num. 82.* ibi: *Secundus casus, ex quo maioratus semel perfectus absq; regia tamen facultate institutus reuocari, seu limitari potest est diminutio bonorum institutoris ex post facto contingens, cùm enim valor tertij, & quinti, secundum tempus mortis æstimandus, atq; considerandus sit ex l. 23. Tauri, quæ hodie est l. 7. tit. 6. lib. 5. in noua legum Reg. recop. consequens est vt si eo tempore bona maioratus institutoris diminuta sint, maioratus aliàs etiam irreuocabilis effectus diminuendus sit pro rata diminutionis patrimonij ipsius institutoris, quod ex d. l. 23. Tauri palam deducitur*, consentit perdoctus P. Molina *de iusti. & iure, tom. 2. disputatione 587. num. 6.* ibi: *Si maioratus ex tertio, & quinto sit irreuocabiliter institutus in aliquibus bonis determinatis posteaq; decrescant bona institutoris, itaq; tẽpore mortis, deducto ære alieno, non tot bona ad tertium, & quintum pertineant, reuocari eum maioratum quatenus iuxta quantitatem bonorum, quæ tempore mortis fuerint reperta, contigerit legitimas, seu portiones aliorum liberorum, eo quod vt habetur l. 23. Tauri tertium, & quintum accipienda sunt, attenta quantitate bonorum, quæ reperta fuerint tẽpore mortis meliorantis, & disponentis.*

Idem tenet specificè Aluarado de coniect. mente defuncti, *lib. 3. c. 2. num. 58. vers. ea tamen*, dum sic ait: *Ea tamen, quæ diximus circa diminutionem, vel extinctionem meliorationis iam factæ, eo casu intellige, quo mortis patris tempore bona eius diminuta non reperiuntur, cæterùm si diminuta reperiantur, cum ex l. 23. Tauri, quæ hodie in noua legum recollectione habetur in l. 7. tit. 6. lib. 5. valor tertij, & quinti secundum tempus mortis considerari debeat diminutio ex post facto cõtingens ipsas meliorationes, & maioratus institutiones vsq; ad tempus disponentis mortis minuit, easq; ad eius patrimonium reducit ex debitis; ergo tam ex contractibus, quàm ex delictis postea ortis meliorationis, vel maioriæ ante factæ diminutio fit, vt filiorum legitimæ omni tempore saluæ sint, & in earum fraudem aliquid fieri non possit, vt verificentur verba notabilis, & ad hoc nouè consideratæ, l. 8. tit. 4. partita 5.* ibi: *En tal manera, que todauia finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambiẽ en vida de su padre, como despues de su muerte.* Consentit Azeuedo *in l. 3. tit. 6. lib. 5. nouæ Recopi. nu. 22.* Andreas de Angulo *in l. 5. gloss. 4. num. 4. tit. 6. lib. 5. Recopi.* ibi: *Habet tamen adhuc in*

hoc ista melioratio quid speciale, quod non solùm minuitur ære alieno præterito causato vsq; ad tempus factæ donationis: sed etiam remanet obnoxia vt possit minui ratione æris alieni futuri, omnia enim hæc debita prius extrahenda sunt, vt fiat dimensio meliorationis veri tertij, & quinti, &c. & repetit latius *in l. 7. glos. 1. num. 16.*

96 Y si decisiones de otros senados es licito alegar con mayor razon la que tenemos en este mesmo pleito de V.S. pues auiendose ventilado el mesmo punto en quanto a la mejora de tercio, y quinto de el año de 601. se executorió que se entendiesse el grado que se le daua en quanto a la cantidad, porque se liquidasse montar, auiendo pagado todas las deudas contraidas por los instituidores hasta que murieron, sin embargo de que la institucion se hizo con todas las clausulas necessarias para su irreuocabilidad, y lo mesmo se auia antes juzgado in eodem dubio teste el señor don Iuan del Castillo *tomo 4. cap. 35. à num 32.* vbi rationes, & fundamenta colligit, siguiendo la autoridad del señor Luys de Molina, y sus sequaces. Y aunque va hablādo en mejora de tercio, y quinto, la principal razon en que se funda, scilicet, quod valor tertij, & quinti æstimandus est, atq; considerandus secundū tempus mortis, procede, & vrgentiùs en las legitimas, *ex d. l. cum quæritur*, y lo demas que dejamos dicho en comprobacion, de que para computar las legitimas se atiende a el valor, y estimacion de los bienes a el tiempo de la muerte de los padres: quinimo el auerse de tener consideracion a el tiempo de la muerte en la mejora de tercio, y quinto se estatuyò *in d. l. 23. & in l. 19. Tauri.* o ya por ser parte de las legitimas de los hijos, como dixeron Didacus Castellus *in d. l. 19. verbo. de su muerte*, Ioan Lupus *num. 5.* Ant. Gomez *in d. l. 23.* Matienzo *in l. 3. glos. 4. nu. 1. tit. 6. lib. 5. recop.* el señor don Iuan de el Castillo *lib. 2. quotidi. cap. 13. num. 32. in fine:* o ya porque como la legitima es quota bonorum, de quo latè vbi proximè, ansi lo es en la mejora de tercio, y quinto, *l. non amplius, §. cum bonorum, l. si quis bonorum, ff. de leg. 1. l. si quis argentum, §. sed & si quis, C. de donat.* Tellus *in d. l. 23. Tauri num. 2.* Matienzo *in l. 1. glos. 2. num. 3. tit. 6. lib. 5. recop.* dom. Castellus *d. cap. 13. nu. 32. versi. tertium verò.*

97 A que no obsta el lugar que refieren los Abogados de don Iuan Frācisco de el mesmo señor Molina *in lib. 1. cap. 10. num. 11.* donde parece sintiò que el mayorazgo irreuocabiliter institutus, no queda sugeto a la reuocabilidad que indirecte sucede, causando despues deudas los instituidores, y que a la paga, y satisfacion no estarà obligado el possedor. Porque, o la mejora de tercio, y quinto està por entregar en vida, & tunc verùm est, quod debet attendi tempus mortis, & deducendum omne æs alienum, o se entregò en vida de el padre, & tunc, vel sunt alij filij hæredes necessarij, & regulanda est secundum bona tempore mortis relicta, ne alij filij in legitima ære alieno contracto pergrauentur; in eorum namq; præiuditium licet pater irreuocabiliter donet, nihil agit, quin excessus ab ipsis reuocari possit, o no ay otros hijos, y en tal caso no ay diferencia de tiempo, que fue introducido para ajustar, si las mejoras eran inoficiosas, o no respecto de los demas hijos. Y en esta conformidad el señor Molina despues *in d. cap. 2. num. 82. lib. 4. vers. ex quo infertur*, se declaró, y explicó como se auia de entender lo que dixo *in d. cap. 10. num. 11.* scilicet, quando el mayorazgo se instituyò con facultad Real, o el instituidor no tiene otros

hijos

hijos, porque en tal caso el posseedor seguro estará de los acreedores posteriores a la institucion: totum contrarium dicendum, si huuiere otros hijos de el instituidor, o mejorante, audias obsecro Molinam, vt valeas aduersariorum iniquitatem contercre, dum prænimia malitia Molinæ inituntur authoritati, siendo el que totalmente destruye su intento: sic igitur se ipsum exponit D. Molina dum ait: *Ex quo infertur vnum satis singulare, quod quamuis dici soleat, quod maioratus succesor non teneatur ad debita post maioratum irreuocabilem effectum ab ipsius institutore contracta prout supra lib. 1. cap. 10. num. 11. resoluimus: illud tamen intelligendum est quando maioratus ex regia facultate institutus fuit, vel etiam absque illa ab eo qui nec filios, nec alios descendentes habebat, secus autem quando ab eo qui liberos habebat institutus fuit ex tertia, & quinta bonorum parentis portione absq; regia facultate. Eo namque casu cum tertium, & quintum secundum valorem bonorum quæ tempore mortis superer int considerandu m sit, constat ipsum maioratum pro rata debitorum, quæ institutor denuò contraxit diminuendum esse, sicque in effectu ad eadem debita persoluenda maioratus successorem districtum remanere.* Y con la mesma distincion se euitan las autoridades de Antonio Gomez, y Auendaño, a quien citan los Abogados de don Iuan Francisco por contestes de el señor Luys de Molina, porque vã hablando en el primer caso de no auer otros hijos, y quando hablaran en el segundo vilipendendi forent propter authoritatem D. Molinæ & sequatium, & eorum rationes ac fundamenta præsertim desumptum *ex d. l. 23. Tauri.* y la distinciõ de el señor Molina aprobó despues, siguiendole Iuan Gutierrez lib. 2. practi. quæst. 53. in fine, ibi: *Sed in hoc tenenda est distinctio quam ibi cum iuditio obseruauit idem Molina lib. 4. c. 2. num. 82. intelligit quod prædixerat priori loco supra citato*, el señor dõ Iuan del Castillo *d. cap. 35. num. 66.*

98 Iuzgan los Abogados de don Iuan Francisco, que con facilidad euitan la fuerça de este discurso, respondiendo que el remedio para reducir la legitima materna a lo que pudo montar a el tiempo de la muerte de doña Francisca de la Serna pagados todos sus acreedores, es la querela de inoficiosidad, y que siendo esta personalissima de el hijo que recibiò el agrauio, no la puedẽ los acreedores de doña Francisca proponer, siendo ansi que ni aun a los herederos de el hijo querellante se transmite sin auerla intentado, y preparado en su vida, porque hasta entonces no se computa entre los demas bienes. Pero conuencense con que los demas hermanos, y coherederos de don Gabriel aceptaron la herencia de su madre, y tomaron possession de todos los bienes, de que ay testimonio muy amplio en el pleito a fol. 818. de el ramo 2. y salieron a este pleito a fol. 816. ramo 2. pidiendo la inoficiosidad de la donacion, que por via de mayorazgo su madre auia hecho a don Gabriel, y pretendiendo que se auia de reducir a lo que le pertenecìesse hecha la particion entre todos los hijos, y herederos a el tiempo de su muerte, mediante lo qual saliò la executoria en quanto a el tercio, y quinto en que se mandó que se considerase, conforme a lo que montase pagados todos los acreedores causados hasta el dia de la muerte, vide vbi supra num. 13. in fine, con que prepararon la querela de inoficiosidad, y dieron entrada a los acreedores para que opõgan, como oponen muy bien de la dicha inoficiosidad por cabeça de los mesmos herederos, y cobren sus creditos, reduciendo las legitimas

mas maternas a lo que montaren, sacadas todas las deudas que deuen satisfacer como herederos acetantes de doña Fracisca su madre principal obligada, sin que lo pueda escusar, vt cum iuditio animaduertit Andreas Angulo d. l. 7. nu. 19. ibi: *Illud aduertendum est quod si debita hæreditaria post factam meliorationem irreuocabilem causata absorberent bona relicta tempore mortis, & insuper meliorationem filij, aut eius partem, & filius donatarius repudiaret hæreditatem: tunc quamuis consultò egissent alij filij si fauore fratris donatarij renuntiarent querelæ cum creditores de per se non possent reuocare donationem, quæ non esset in eorum fraudem facta, vt dictum est. Si tamen fratres (fauore creditorum quibus aduersus fratrem donatarium velent consulere, & gratificare] agerent querela, non esset ex donatione extrahendum æs alienum, sed tantum legitimæ filiorum, remanente valida donatione pro eius tertia, & quinta parte, & insuper legitima donatarij cum nec donatio possit reuocari per creditores, nec illæ eius partes per fratres. Qui tamen rationem legitimarum quas reuocant tenebuntur respondere creditoribus quibus legima semper obnoxia est vt in d. l. Papi. §. quarta. de inoffi. testamen.* ac perconsequens necessum est, que primero que se le pague la legitima materna a el vinculo que pide don Iuan Francisco de Torres se paguen todas las deudas a que estaua obligada su madre, vna de las quales fue la de Alonso Lopez de Leon, que tiene antiguedad desde el año de seyscientos y diez, ex quo omnia erunt in pace.

99 Sin que obste el no auer proseguido el intento, y liquidado cõ efecto las legitimas maternas, porque basta el auerlo intentado para que sus acreedores lo puedan proseguir, nam beneficio mihi competenti ex iure alterius eo inuito vti possum contra tertium, *l. si post mortem, §. fi. ff. de bonorum poss. contra tabul.* vbi notat expressè, Bart. & communis Doctorum, y mas en expresso lo dixo Vlpiano *in l. 1. §. quid si. ff si quid in fraud. patroni*, donde afirma que, el no proseguir semel petitum, est deminuir el propio patrimonio, *quod si noluit* (inquit Vlpi.] *optinere cum peteret, hic videndum. Et puto hunc diminuisse, actionem enim bonis diminuit.* Siendo ansi, que auiendo aceptado la herencia de su madre, aunque quisieran, no pudieran renunciar sus legitimas maternas, ni dexar de pedirlas en perjuizio de los acreedores, por serles deuidos, y adquiridos ipso iure, *l. Scimus l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test.* y auer ya declarado su voluntad de ser herederos, y lleuar sus legitimas, vt plures referendo firmat el señor don Iuan del Castillo *lib. 5. cap. 112. num. 51.* y aun antes de pedirles el renunciarlas fuera diminuere propium patrimonium, vt post Ancharranum, & alios perbelle probat Peregrinus *de fideicom. art. 3. à num. 128. vsq. num. 132.* & sequitur Fontanella *de pactis nupt. clausula 4. glos. 9. p. 5. num.* 12. Menoch. qui melius ac plenius cæteris dixit *in cons.* 77. debitoribus autem diminuere propium patrimonium non licet cum redundat in fraudem creditorum, *l. non fraudantur, ff. de reg. iuris.*

100 Referimos el hecho del pleito desde *el num.* 1, hasta *el num.* 21. y desde *el num.* 22. hasta *el num.* 47. inclusiuè fundamos que sobre lo mesmo que oy pide don Iuan Francisco de Torres le obsta la excepcion de cosa juzgada resultante de los autos de vista, y reuista de dos executorias mencionadas en *el num.* 9. y *num.* 12, e impugnamos con euidencia las respuestas, con que don Iuan Francisco procura euitar la fuerça de esta excepcion, y desde *el num.* 48. hasta *el num.* 77. inclusiuè probamos

mos con solidos fundamentos, como el consentimiento que dió don Gabriel Torres de el Salto en el grauamen de sus legitimas paterna, y materna, fue correspectiuo de el mayorazgo que doña Francisca de la Serna fundaua para el, y sus descendientes de casi todos sus bienes incluyendo las legitimas de los demas sus hijos, y herederos en virtud de la facultad Real que supuso, o creyò tener para hazer mayorazgo de todos sus bienes, y que auiendo faltado, y declaradose por ninguno el mayorazgo, fecho en virtud de la facultad Real, se desuaneciò el consentimiēto que prestó don Gabriel, y se redujo a no ser, y q̄ por el cōsiguiēte sus legitimas quedarō libres, y q̄ esto lo puedē oponer, y alegar sus acreedores, sin que necessiten de que lo alegue, o aya alegado primero don Gabriel. Y desde *el num.* 78. hasta *el num.* 93. fundamos que por lo que toca a las legitimas paterna, y materna, don Gabriel fue el verdadero instituidor, y vinculante, y que quando no huuiera sido su consentimiento correspectiuo, pudo reuocar el vinculo de sus legitimas, y que con efecto lo reuocò con el hecho de auer obligado los bienes mencionados en la fundacion de mayorazgo de el año de 609. y vendidos muchos de ellos, y sobre otros impuesto censos y tributos. Y desde *el num.* 94. hasta *el num. final* probamos con toda euidencia, que quando se sustente el vinculo de las legitimas (que no parece possible) se deue, haze la computacion por lo que toca a la legitima materna, conforme a los bienes que dexò doña Francisca de la Serna a el tiempo de su muerte pagados todos sus acreedores, y Alonso Lopez de Leon que es vno de ellos.

Con que parece que queda bastantemēte fundada la justicia de Alonso Lopez de Leon, y sus herederos, para que se deniegue a la parte de dō Iuan Francisco lo que pide, y se proceda con todo rigor a hazer pago a los acreedores, que ha mas de treynta años que les dilatan la paga, litigando todo este tiempo por conseguirla, sin que les aya sido possible por la mucha maña de don Gabriel. Saluo en todo la dignissima correcciō de V.m. Cuius auspicijs hæc omnia.

Lic. D. Diego de Cuellar, Velazquez.